F. GÉNY
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Nancy

SCIENCE ET TECHNIQUE EN DROIT PRIVÉ POSITIF

IV

fornia
nal
y

SIREY

François GENY
Professeur de droit civil
à l'Université de Nancy

K
25
G341
1913
v. 4
SRLF

Science et Technique
en droit privé positif

Nouvelle contribution à la
critique de la méthode juridique

IV

QUATRIÈME ET DERNIÈRE PARTIE

RAPPORTS ENTRE L'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE ET L'ÉLABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF.

(Le conflit du droit naturel et de la loi positive.)

— (Octobre 1924) —
— *Nouveau tirage 1930* —

SOCIÉTÉ ANONYME DU
Recueil Sirey
22, Rue Soufflot, PARIS

Science et Technique

en droit privé positif

IV

QUATRIÈME ET DERNIÈRE PARTIE

Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif.

(*Le conflit du droit naturel et de la loi positive.*)

DU MÊME AUTEUR

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1re édit., 1899 ; 2e édit., revue et mise au courant, 2 vol. 1919

La notion de droit positif à la veille du xxe siècle. Dijon, L. Venot, 1901.

Les biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900. Paris, A. Rousseau, 1902.

La technique législative dans la codification civile moderne (*à propos du centenaire du Code civil*). Paris, A. Rousseau, 1904.

Code civil allemand (traduction et notes) publié par le Comité de législation étrangère. Livre quatrième. Section première : art. 1297-1588. T. III. Imprimerie nationale, 1908, p. 1-425.

Les procédés d'élaboration du droit civil. Paris, Giard et Brière, 1910.

Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation. 2 vol. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911.

La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond SALEILLES (extrait de l'*Œuvre juridique de Raymond Saleilles*. Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3-63).

Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, — I. *Introduction. Première partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, 1914. — II. *Seconde partie. Élaboration scientifique du droit positif* (L'irréductible « droit naturel »), octobre 1915. — III. *Troisième partie. Élaboration technique du droit positif*, juin 1921.

PRÉFACE

DU TOME QUATRIÈME

Ce tome IV vient terminer l'ouvrage, que j'ai entrepris, il y a douze ans, sous ce titre : *Science et technique en droit privé positif*.

J'ai pu, au seuil de chacun des précédents cahiers, me contenter d'une brève note, annonçant simplement la direction d'idées, dans laquelle j'embarquais mes lecteurs.

Cette fois, et comme il s'agit de clore définitivement le cycle, je dois, à ceux qui m'ont suivi, une préface, un peu plus ample, bien que réduite à l'essentiel, qui fasse la soudure entre les diverses parties de l'œuvre et me permette de répondre à quelques-unes des critiques qu'elle a suscitées.

A vrai dire, ces critiques n'ont été ni aussi nombreuses, ni aussi poussées, que je les eusse, pour ma part, souhaitées. En dehors de celles, qu'on a bien voulu nettement formuler, et dont je remercie très cordialement les auteurs, je sens beaucoup de résistances se maintenir à l'état latent, issues souvent de conceptions divergentes touchant le but de la vie sociale et le rôle qui incombe, pour en faciliter l'atteinte, aux spéculations de l'esprit. Même, parmi les oppositions franchement manifestées, plusieurs restent peu saisissables et ne permettent guère de réplique directe, parce qu'elles se meuvent dans un plan trop différent de celui, où me contiennent la nature même de mon sujet et les moyens que j'entrevois de le traiter.

De ce nombre sont, notamment, les critiques, émanées des purs philosophes ou sociologues, qui, en dépit de tous leurs efforts de sincérité objective, négligent trop, parce qu'ils les ignorent, les éléments concrets les plus indispensables à nos

investigations juridiques[1]. Assurément, je leur garde une profonde reconnaissance, et de leur bienveillante attention[2], et de leurs suggestions souvent précieuses[3], voire de leurs griefs, que je sens inspirés par des considérations fort élevées. Mais, si je voulais discuter à fond ces derniers, ce qui seul importerait à la vérification de mes résultats, je devrais m'établir dans un domaine étranger à la vie concrète et pratique du droit, et accepter un terrain de recherche, toujours vacillant et précaire, parce qu'on le prive délibérément des bases objectives d'appréciation. qui peuvent seules l'affermir[4].

Il m'est, tout particulièrement, impossible d'admettre, que l'on prétende nous réduire aux conceptions, manifestement étriquées et unilatérales, de l'*École sociologique*, de façon à juger tous nos efforts du seul point de vue de cette doctrine systématique, et ne les estimer, en bien, en médiocre, ou en mal, que dans la mesure où ils se réclament, se rapprochent, ou se séparent, des postulats et apophtegmes issus de l'œuvre d'É. Durkheim[5]. — Tout en conservant la plus sérieuse estime

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, p. 4-5 (n° 2).

2. Je vise ici surtout les nombreuses études, publiées, depuis quelque trente ans, dans la *Revue de métaphysique et de morale*, l'*Année sociologique*, la *Revue philosophique*, et qui ont égard aux efforts poursuivis par les juristes en matière de philosophie du droit.

3. Qu'il me soit permis de signaler, parmi les travaux de cet ordre, parus en ces dernières années et particulièrement instructifs pour nous : G. Aillet, *La force majeure et la guerre*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1919, t. XXVI, p. 401-426. — G. Davy, *A propos de l'évolution de la pensée juridique contemporaine*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1921, t. XXVIII, p. 49-75. — *Adde :* les travaux indiqués ci-après, p. vi, note 5 et p. vii, note 1 de la présente préface.

4. On nous dit bien : « Les colonnes du Dalloz ou du Sirey, voilà le laboratoire, où le juriste doit observer et expérimenter, s'il veut asseoir solidement des lois ou des principes.... Là est la base vivante et objective du droit et là doit être puisée la matière de toute élaboration juridique scientifique ». G. Davy, dans *Revue philosophique*, 1920-1°, t. LXXXIX, p. 353-354. — Mais ce conseil, bon sans doute pour les juristes, n'est pas suivi par les philosophes, qui dissertent sur les problèmes du droit, sans avoir pénétré leurs données, ni évalué les procédés de leur solution, en scrutant à fond le milieu juridique.

5. Voy. notamment : G. Davy, *L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit*, dans *Revue philosophique*, 1920-1°, t. LXXXIX, p. 234-276 ;

pour les travaux si consciencieux et si profonds de ce maître, je persiste à tenir son système pour absolument inadéquat au but que nous devons poursuivre, restreint, qu'il est, à des observations de pur fait et n'autorisant aucun criterium objectif de valeur[1]. Je ne puis donc que décliner une discussion arbitrairement limitée à ce domaine, et j' « encaisse », allègrement, sans remords ni regret, le reproche de ne pas répondre aux visées de l'idéal sociologique, que je n'ai jamais prétendu ni désiré réaliser.

Il en va tout autrement des objections, soulevées contre mes conclusions, du point de vue juridique combiné avec celui de la philosophie générale, le seul qui puisse aboutir à des directions solidement établies.

Sous cet angle, et comme on peut s'y attendre, quand on cherche à tenir compte de tous les éléments de vérité pour obtenir des appréciations soigneusement dosées et proposer des solutions consciencieusement équilibrées, j'ai subi des attaques de deux sortes très différentes, à vrai dire, même, nettement opposées.

Les uns m'ont reproché d'attribuer au « donné », matière de science ou de croyance[2], un rôle qui ne doit pas, qui ne peut pas lui appartenir.

---

p. 349-384. — *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris, Alcan, 1922; — et, du même auteur : *Les théories contemporaines de la souveraineté. M. Hauriou et la doctrine de l'institution*, dans *Revue philosophique*, 1923-2°, t. XCVI, p. 422-449. — Voy. encore : *Éléments de sociologie*. I. Sociologie politique, Paris, Delagrave, 1924.

1. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, octobre 1915, Chapitre troisième, n°s **80-86**, p. 52-86. — Comp. aussi G. Aillet, *Droit et sociologie* (à propos de *La Foi jurée*, Paris, 1922, et de *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris, Alcan, 1922, de G. Davy), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1923, t. XXX, p. 97-119 et p. 451-476; notamment p. 118-119; p. 455; p. 459-476.

2. Contrairement à ce que paraissent supposer certains critiques (notamment G. Davy, dans *Revue philosophique*, 1920-1°, t. LXXXIX, p. 351, p. 352, p. 356, p. 364. — G. Aillet, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1923, t. XXX, p. 471 et p. 474), je n'ai pas prétendu que le « donné » du droit pût être dégagé par des procédés purement scientifiques. Pour l'obtenir, la science doit se doubler de croyance. Voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, t. II, p. 99-100 (n° **161**). — (Les procédés

C'est le cas de G. Ripert, dont je réserve, pour l'instant, le système personnel de « positivisme juridique », extrêmement poussé et fort séduisant, — j'y reviendrai dans une étude distincte placée à la fin de cet ouvrage[1], — et dont je ne veux relever ici que la critique négative, dirigée contre ce que j'ai appelé « l'irréductible droit naturel », et contenue dans la première partie de son important travail : *Droit naturel et positivisme juridique*[2].

Cette critique porte principalement sur deux points d'inégales gravité et conséquence.

D'une part, G. Ripert me blâme de n'avoir pas nettement assigné au droit naturel une base religieuse, disons plutôt un fondement tiré du dogme catholique et d'avoir, pour ainsi dire, caché ma foi [3]. — Franchement, je ne crois pas avoir mérité semblable grief. J'ai exposé et expliqué longuement, comment la philosophie traditionnelle de l'humanité suffisait amplement pour justifier l'existence, voire la nécessité, du droit naturel, pleinement reconnues déjà des Grecs et des Romains, et comment les conceptions religieuses du christianisme, tout particulièrement celles du catholicisme romain, s'accordaient au mieux avec la même doctrine [4]. Pourquoi vouloir

---

d'élaboration du droit civil), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 183, p. 185. — *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Recueil Sirey, 1911, t. I. Avant-propos, p. VIII-IX, p. X-XI. — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, p. 98 (n° **34**); p 138 (n° **47**); p. 187 (n° **62**); p. 211 (n° **67**); t. II, Paris, 1915, p. 2 (n° **68**); p. 5-9 (n° **69**); p. 420 (n° **176**); p. 421 (n° **177**). — *Adde*, encore, le présent t. IV, p. 9 (n° **271**); p. 13 (n° **272**).

1. Voy., à la fin de ce tome IV de *Science et technique* : 2e étude complémentaire, *La nécessité du droit naturel*, n°s **10-11**, p. 254-264.

2. G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*. Extrait des *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, Nouvelle série, n° 1, Marseille, 1918.

3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 15-16 (n° **12**); p. 21-22 (n°s **17-18**); p. 30 (n° **24**).

4. Comp. J. Bonnecase, *Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie et autres*, t. I, 1924, n° **288**, p. 486. — L. Le Fur, *Guerre juste et juste paix*, Paris, A. Pedone, 1929, p. 89-90. — Rappr. Yves de la Brière, *L'idéal chrétien et la Cité contemporaine*, dans *Revue de Paris*, numéro du 15 avril 1924, p. 846-860. — Voy. aussi : G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 336-337 (à la note); p. 61.

que je les déclare nécessaires pour fonder cette doctrine, alors qu'elles n'y prétendent pas, qu'en tout cas, je tiens personnellement la doctrine pour bien établie en dehors de ces conceptions, qui n'y apportent qu'un appoint non indispensable. Il y a là un procès de tendance, qui ne peut être suivi plus loin, et dont je n'aperçois même pas la portée utile [1].

Mais l'attaque, vraiment sérieuse, de G. Ripert — la seule qui mérite réflexion et examen — s'adresse à ma façon de comprendre le droit naturel et aux moyens, que j'ai cru pouvoir suggérer d'en déterminer les éléments essentiels, pour permettre d'en dégager le contenu.

En ce qui concerne, d'abord, ce contenu, proprement dit, du droit naturel, je ne ferai aucune difficulté de reconnaître, que je n'ai pu qu'en esquisser les lignes les plus générales, laissant place à d'infinies variétés et accommodations dans le détail des applications concrètes [2]. Pour une bonne part, la faculté d'assouplissement est inhérente à la nature de ce droit, tel que je le conçois. Je ne veux pas prétendre, toutefois, qu'on ne puisse en pousser les contours beaucoup plus loin que je n'ai fait moi-même. Mais, j'avoue que j'y vois de telles difficultés et l'exigence de tels efforts, que, n'ayant plus devant moi le temps nécessaire pour y suffire, je me résigne à laisser cette besogne, extrêmement attachante, mais terriblement dure, à des esprits plus neufs et plus jeunes. — Qu'observons-nous, en effet, parmi les plus récentes tentatives, qui aient été produites, pour fixer le *contenu objectif* du droit naturel? Les plus notables aboutissent à placer à sa base un *individualisme* [3], qui semble, en effet, correspondre aux exigences les plus profondes de notre nature, que celle-ci sent elle-même

---

1. D'ailleurs, G. Ripert reconnaît (*op. cit.*, p. 23 [n° **18**]) que j'ai nettement affirmé mes convictions personnelles. Que veut-il de plus?

2. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, chapitre neuvième (XIV), n^os^ **160-177**, p. 351-422.

3. Voy. notamment : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 42-142. — *Adde :* J. Bonnecase, *La notion de droit en France au XIXe siècle*, Paris, de Boccard, 1919, *passim*, notamment n^os^ **31-33**, p. 128-145 et n^os^ **54-56**, p. 218-233; — J. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. I, 1924, n^os^ **290-298**, p. 486-495; n^os^ **314-320**, p. 514-525.

faillible[1] et qu'elle corrige, en quelque mesure, en établissant une sorte de trilogie entre *la liberté*, *l'ordre* et *le pouvoir*[2]. On aperçoit, sans peine, combien ces formules, à la fois pleines et élastiques, nous laissent loin de la précision, que demanderait le contenu de chacun des droits individuels. — D'un autre côté, il est impossible de méconnaître le postulat impérieux d'un « *droit social* », qui, de plus en plus, vient brider et tenir en échec les excès de l'individualisme[3], sans qu'aucune mesure, à peu près exacte, ait pu jusqu'alors être fixée à son action. — Plus récemment, a surgi ou repris vie l'idée d'un *droit familial*[4], qui, suggéré et peut-être déformé par les préoccupations d'ordre politique, que suscite le problème actuel de la population, se montre de nature à altérer profondément la conception révolutionnaire des droits de l'homme, bien que, ici encore, on néglige trop de fixer l'étalon permettant une combinaison adéquate aux buts à concilier[5]. — Dans la grande tourmente, déchaînée par la guerre mondiale et dont nous subissons encore les profonds ébranlements, nous avons dû concéder aussi, à la nécessité de maintenir à tout prix la *paix sociale* entre citoyens exposés au même cataclysme, un grand nombre d'atteintes à l'ordre juri-

---

1. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 49-51 et p. 52.

2. M. Hauriou, *ibid.*, p. 51-52.

3. Voy. notamment : G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, B. Grasset, 1920. — *Adde* : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., *passim*, notamment, t. III, § **95**, p. 627-639. — *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris, 1912, *passim*.

4. Voy. notamment la *Déclaration des droits de la famille*, votée le 11 décembre à Lille, au Congrès des associations familiales, et rapportée dans M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 67, note 1. — *Adde* : G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, 1920, Introduction, p. V-VII. — Et encore : M. Deslandres, *Rôle de l'opinion comme soutien d'une politique familiale*, Paris, Alliance nationale, 1923.

5. Il est étrange, que, dans les questions, intéressant la famille nombreuse, on n'invoque le plus souvent que des considérations utilitaires : telle réforme développera-t-elle ou non la natalité? — Mais que fait-on du point de vue de la justice, d'où résulterait peut-être, que les droits doivent être dosés, non plus en vue des individus comme tels, mais plutôt en fonction de l'intérêt familial, que chacun d'eux représente? C'est cela qui pourrait entraîner d'immenses conséquences.

dique normal (moratoires de toutes sortes, révision des contrats, sacrifice de la propriété, réparation de risques), dont je ne sache pas qu'on ait pu limiter rationnellement la portée [1]. — Et, si nous envisageons l'ordre international, dont les principes éternels se sont agités, d'un mouvement nouveau, sous la poussée des mêmes événements, nous n'éprouvons pas moindre embarras, à nous rendre compte de l'influence, qu'il faut y reconnaître à des facultés, que nous sentons inéluctables, comme le *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, la sauvegarde des *minorités ethniques ou religieuses* [2], le maintien d'une *sécurité* indispensable à la paix du monde. — En présence de ces formidables problèmes, et alors que leurs solutions les plus urgentes ne s'obtiennent, tant bien que mal, qu'au moyen d'un empirisme fragmentaire et successif [3], quelle ne serait pas l'outrecuidance du théoricien, qui prétendrait d'un coup édifier un système capable d'en régler tous les développements? J'ai cru plus sage de m'en tenir au noyau fondamental du droit naturel, bien affermi dans les cadres d'Aristote, en signalant les divers degrés de son développement proportionnés à l'extension même de ses principes [4]. — G. Ripert n'agrée pas cette méthode. Et, après avoir dédaigné comme tout à fait insuffisante l'idée de justice placée à la base [5], il s'étonne étrangement ensuite de toute la richesse, que je découvre à son contenu, suivant les divers plans que j'en

---

1. La multiplicité et la complexité des éléments d'appréciation, qui interviennent dans un problème, comme celui de l'imprévision (voy. notamment : P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse de doct. Droit, Nancy, 1921-*1922*. — A. Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, thèse de doct. Droit, Bordeaux 1922), sont telles, qu'il semble impossible de le résoudre de façon satisfaisante par les seules voies rationnelles ou expérimentales et sans le secours de la loi écrite.

2. Voy. R. Vidrasco, *De la réserve du droit des minorités et du contrôle des puissances*, thèse de doct. Droit, Paris, 1920-*1921*.

3. Comp. quelques indications intéressantes, sur la difficulté de fixer le contenu du droit naturel, dans G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 333-337 ; p. 340.

4. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, n°s 171-172, p. 389-399.

5. G. Ripert, *op. cit.*, p. 11-12 (n° 8).

distingue [1]. Que n'a-t-il donc indiqué lui-même, où doivent s'arrêter les déductions et ce qui représenterait, à ses yeux, le contenu légitime d'une idée aussi nécessaire?

Dans l'impossibilité, où je me sentais d'exprimer, en sa plénitude, le contenu intrinsèque du droit naturel, j'ai cherché à discerner, par l'analyse, les données essentielles, d'où il se dégage, et à établir entre elles une sorte de hiérarchie, déterminée d'après leur nature respective et permettant de les combiner avec profit, pour en induire des directions utiles [2]. Il n'y a là guère plus qu'un gabarit, susceptible de résultats intéressants, si j'en juge, indépendamment de ma propre expérience [3], par les résultats qu'on a pu tirer de son usage [4]. — Ce point acquis, mes adversaires ont beau jeu à observer, que de ce cadre schématique ne sort pas spontanément un système tout fait de règles juridiques [5]. C'est assez, qu'il mette en relief, en distinguant mieux leurs variétés, le double élément expérimental (*donné réel*; — *donné historique*) et rationnel (*donné rationnel*; — *donné idéal*), qu'on trouve à la base des préceptes de droit [6] et qu'il puisse nous amener à découvrir peu à peu — par l'effort de la pensée, sous le soutien et le contrôle de l'opinion [7] — quelques reflets de ce droit naturel, dont le

1. G. Ripert, *op. cit.*, p. 13-14 (n° **10**).

2. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, n^os^ **166 170**, p. 369-389.

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique*, t. II, n^os^ **173-174** *bis*, p. 399-415.

4. Voy., par exemple : P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse de doct., Droit, Nancy, 1921-1922, chap. Ier, p. 34-58.

5. G. Ripert, *op. cit.*, n^os^ **4-8**, p. 6-12 et p. 14 (n° **10**). — Comp. G. Davy (*L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit*), dans *Revue philosophique*, 1920-1°, t. LXXXIX, p. 357-363.

6. Voy. notamment : J. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil*, par G. Baudry-Lacantinerie et autres, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1924, n^os^ **231-233**, p. 396-401 ; n^os^ **302-313**, p. 499-513. — Et, pour application : J. Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliqué au droit de famille*. Ses destinées dans le droit civil contemporain, dans *Revue générale du droit*, depuis 1920, t. XLIV, p. 181, et n^os^ suivants (travail encore en cours de publication).

7. Ce soutien et ce contrôle, laissés à l'opinion publique, me paraissent lui faire toute la part qui lui revient. Cons. A. V. Dicey, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIXe siècle*, trad. Jèze, Paris, Giard et Brière, 1906. Et, à

contenu intégral reste si obstinément rebelle à une prise ferme de notre esprit.

Tel qu'il se peut manifester par ces procédés, le droit naturel nous offrira un fonds permanent, de caractère universel, avec des détails extrêmement divers et changeants, ce qui revient à peu près à la règle du droit objectif, « permanente en son principe, infiniment changeante dans ses applications », comme nous la propose L. Duguit [1]. Ce n'est donc pas le droit absolu, universel et immuable dans son bloc, que réprouve, non sans quelque raison, le réalisme moderne, basé sur l'observation des faits [2]. Ce n'est pas non plus le « droit naturel à contenu variable » de R. Stammler, dont la formule semble recéler une contradiction intime [3]. Il s'agit plutôt de reconnaître, autour d'un centre ferme et fixe, à base strictement morale [4], une enveloppe, incessamment renouvelée, et faite de considérations contingentes, qui naissent, se transforment et meurent pour le plein développement de la justice [5]. Et, parce que tout cet ensemble ne se précise et détermine que dans

---

propros de cet ouvrage : M. Deslandres, *Étude sur le fondement de la loi*, dans *Revue du droit public*, 1908, t. XXV, p. 5-37. — *Adde* encore : M. Deslandres, *Rôle de l'opinion comme soutien d'une politique familiale*, Paris, Alliance nationale (conférence à la Semaine sociale de Grenoble, 1923). — Comp. aussi, sur l'autorité de l'opinion publique pour la formation du droit : G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 80-83.

1 L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 11 ; p. 98-100 ; p. 150-152 ; p. 615.

2. Voy. notamment : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, 1921, p. 72 (§ **10**) ; p. 121 (§ **15**). — G. Jèze, dans *Revue de science financière*, 1923, p. 304.

3. Comp. M. Hauriou (Le droit naturel et l'Allemagne), dans *Le Correspondant*, n° du 25 septembre 1918, p. 919. — J. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil* de G. Baudry-Lacantinerie et autres, t. I, 1924, n° **292**, p. 487.

4. G. Ripert, *op. cit.*, p. 26-27 (n° **22**), qui critique la réduction que j'ai tentée de l'économie à la morale (*Science et technique*, t. II, n° **165**, p. 366-369), se garde bien de réfuter les raisons, que j'en ai fournies, et que je persiste à tenir pour solidement fondées.

5. Comp. J. Bonnecase, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil* de G. Baudry-Lacantinerie et autres, t. I, 1924, p. 493-494 (n° **297**). — *Adde :* S. Deploige, *Saint Thomas et la famille*, Louvain, 1924. — J. Dabin (Le Droit privé. A propos d'un ouvrage récent), dans *La Belgique judiciaire*, 19 et 26 octobre 1924, p. 520-526.

sa mise en œuvre concrète, une large place se trouve ouverte, en suite de la recherche spéculative, à l'activité du technicien.

Mais, à ce point, je rencontre des critiques tout inverses des précédentes. Vous sacrifiez, me dit-on, la matière à la forme, la science à la technique, la justice à son schéma. — Tel est le grief, que je relève, sous des formules un peu différentes, chez ceux-là mêmes, qui ont apprécié mon effort avec le plus de bienveillance : M. Hauriou [1], A. Tissier [2], J. Bonnecase [3], entre beaucoup d'autres [4].

Ici, je crois reconnaître un grave malentendu, qui tient peut-être à des expressions, équivoques ou trop souples, dont on a pu méconnaître la portée. En tout cas, il m'est aisé, au vu des interprétations, quelque peu aventurées, qui ont été données à ma pensée, de rétablir celle-ci dans ses limites exactes. — Jusqu'à la rédaction du présent volume exclu, je n'ai voulu, ni poser, ni trancher la question de la *valeur foncière*, qu'il convienne d'assigner respectivement à la science et à la technique, dans l'élaboration du droit positif. Mais, ayant observé que les principes affirmés par la science (le donné) sont assez maigres, j'ai relevé, au contraire, l'abondance et la fécondité des moyens techniques de les mettre en œuvre (le construit) et combien large est le champ ainsi ouvert à l'activité personnelle du jurisconsulte. Sincèrement, je ne crois pas que ces constatations de fait puissent être sérieusement mises en doute. Si ample qu'on veuille faire la part des idées générales dans les travaux de jurisprudence, au sens le plus vaste du mot, les agencements techniques basés sur les textes, les concepts ou les cons-

---

1. Voy. notamment : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 716, note 1 et p. 721-722. — *Adde* : p. 723-724.

2. A. Tissier (L'élaboration technique du droit privé positif), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 841-845.

3. J. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, Recueil Sirey, t. I, 1924, n° **237**, p. 404-406; n^os^ **243**, p. 418; n° **246**, p. 420; n^os^ **249-255**, p. 422-434; n^os^ **278-283**, p. 468-480; n^os^ **323-334**, p. 527-548; n^os^ **392-393**, p. 597-601. — J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2e éd., Paris, de Boccard, 1924, p. 13 (n° **3**, *in fine*) et p. 210 (n° **71**, *in fine*).

4. Voy. encore : G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 54.

tructions, y joueront toujours un rôle plus considérable *en étendue* que les principes rationnels de justice. — A. Tissier, pourtant, insiste et ne croit pas que le « noyau de droit naturel » soit si maigre, si infirme. Il lui paraît, au contraire, même dans de très humbles questions, avoir un rôle essentiel. A quoi s'ajoute que le donné n'est pas seulement le noyau de droit naturel. C'est toute la vie sociale[1]. Réserve faite, toutefois, de la question de *valeur*[2], et si l'on met à part le discernement et la précision des faits, pour ne s'attacher qu'aux points de droit proprement dits, je tiens pour assuré, que les éléments techniques en emportent plus souvent la solution que des considérations rationnelles. Volontiers même, je ferais appel à l'expérience de l'éminent conseiller à la Cour de cassation et professeur honoraire des Facultés de droit de Dijon et de Paris, pour lui demander, si, soit dans son enseignement juridique si universellement goûté de jadis, soit dans sa tâche actuelle, si profondément comprise, de magistrat, et pour la solution des difficultés concrètes de la vie juridique, il n'a pas dû faire jouer plus fréquemment les instruments techniques du droit que consulter seulement la nature et la raison, qui les dominent de haut. — Vainement ferait-on valoir, avec J. Bonnecase[3], la richesse du « milieu social » et de la « nature permanente de l'homme », qui, complétant d'un « élément expérimental » l' « élément rationnel », où se rencontrent les données de la science juridique, fournissent un champ d'activité important aux investigations du juriste. Je répondrai toujours que, dès que l'on quitte la région des grands principes généraux et vagues, pour descendre à la solution nécessaire des questions concrètes de la vie pratique, on ne peut satisfaire aux besoins de celle-ci que par le moyen des artifices, nombreux et variés, qui composent la technique du droit[4]. — Mais

1. A. Tissier, dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1922, t. XXI, p. 842.

2. Voy., ci-après, p. xvi de la présente préface.

3. J. Bonnecase, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil* de G. Baudry-Lacantinerie et autres, t. I, 1924, p. 431-432 (n° **253**). *Adde* : n° **254**, p. 434. Dans les n^os^ **249-252**, p. 422-430 et **254**, p. 432-433, qui complètent la critique de mes idées par J. Bonnecase, il n'y a guère que la reproduction de passages du t. III de *Science et technique*, ou des critiques d'A. Tissier et M. Hauriou.

4. Comp. : F. Geny, *Science et techn. en droit privé positif*, t. III, 1921.

il importe, encore un coup, de remarquer, que toutes ces assertions, que je maintiens après réflexion nouvelle, n'avaient trait qu'à la portée *quantitative* de la technique au regard de la science, aucunement à la valeur *qualitative* de ces deux parties de l'élaboration juridique. Ce dernier point de vue était réservé au présent cahier. Et, l'on verra, si l'on veut bien en suivre les développements, d'une part, que je suis loin de proclamer, comme on l'a prématurément et témérairement[1] supposé, la suprématie du « construit » sur le « donné », d'autre part, que le problème de la valeur respective de ces deux éléments distincts de toute règle de droit ne se résout pas simplement et bonnement par « oui » ou par « non », qu'il y faut de nombreuses distinctions, des appréciations délicates, des dosages minutieux, des tempéraments compensateurs, et que, finalement, on n'aboutit à en entrevoir l'aplanissement, que dans un équilibre pratique à maintenir entre des idées opposées et dont chacune mérite considération et effet[2].

Chose étrange, d'ailleurs! Les mêmes critiques, qui m'accusent de sacrifier la science à la technique, me reprochent, en même temps, de restreindre l'importance des concepts, en les distinguant des réalités, qu'ils prétendent représenter[3]. — On ne peut s'expliquer cette apparente contradiction, que par

1. Je crois, en effet, que, si l'on veut bien relire attentivement les passages de mon t. III, qui ont suscité ces critiques [notamment p. 1-3 (n° **178**), p. 17-19 (n° **182**), p. 23-24 (n° **183**), p. 520-521 (n° **268**)], on reconnaîtra, qu'ils s'interprètent très naturellement dans le sens, que je viens de préciser ici. — Par là même, je repousse aussi la prétendue contradiction, qu'on a voulu relever entre les conclusions de ma *Méthode d'interprétation* et celles de *Science et technique* [Voy., par exemple, J. Bonnecase, *op. cit.*, t. I, p. 406-407 (n° **237**); p. 434 (n° **255**); p. 469 (n° **278**); n^os **281-283**, p. 472-480]. — Rappr., dans mon sens : M. Nast, *L'élaboration technique du droit positif*, dans *Annales de droit commercial*, 1922, p. 342-355, notamment p. 354-355.

2. Voy., notamment le chapitre cinquième (XXVIII), n^os **288-300**, du présent volume.

3. Voy. notamment : A. Tissier, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 842-843. *Adde* : p. 844. — M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 716, note 2; p. 721-722. — J. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil* de G. Baudry-Lacantinerie et autres, t. I, 1924, n^os **332-334**, p. 544-548; n^os **392-393** p. 597-601. — *Adde* : n° **406**, p. 614-618.

l'idée, plus ou moins consciente, que certains concepts « sont le seul support possible de réalités sociales essentielles »[1]. — Sans vouloir contester une formule, que sa limitation même permet de réduire à l'application la plus minime, je crois avoir montré, en tout cas, qu'un grand nombre de concepts juridiques comportent des variations notables *et ne s'imposent pas*, tels qu'on les présente, pour la traduction, en termes de droit, des réalités sociales, de sorte qu'il est possible et souvent opportun d'envisager celles-ci plus directement en face, cherchant à réduire au minimum l'interposition, trop souvent déformatrice, du concept[2]. Tant qu'on ne réfute pas positivement mes développements sur ce point[3], je ne puis que les maintenir, sans me laisser ébranler par les considérations pénétrantes, émises sur la valeur, psychologique et épistémologique, des concepts, par des autorités, que je serai le premier à reconnaître[4], vu que les théories générales, qu'elles exposent, s'ac-

1. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 720.

2. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, t. I, nos **24-25**, p. 47-53; nos **60-80**, p. 124-186. — *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, nos **214-227**, p. 175-257. — Je suis d'accord avec J. Bonnecase, *Supplément* à Baudry-Lacantinerie, t. I, 1924, p. 597-599 (no **392**), pour distinguer des concepts juridiques les fictions, qui altèrent, de *parti pris*, la réalité. Aussi, leur ai-je consacré une étude séparée : *Science et technique*, t. III, nos **240-252**, p. 360-445. Mais il est certain aussi, que les deux choses peuvent se combiner et que le concept, détaché de la réalité, aboutit aisément à la fiction. C'est ainsi que le concept de la personnalité juridique, appliqué aux groupements et œuvres, prend, *in parte qua*, le caractère de fiction. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 369, note 1 (nos **241**), p. 381, texte et note 1 (no **243**) et les références ; et ci-après, p. xviii-xx de la présente préface.

3. A. Tissier, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 842, p 843, p. 844, visant quelques institutions juridiques, où j'ai montré, en détail, le rôle propre du concept ou de la fiction, se borne à une pure affirmation en sens contraire. — J. Bonnecase, *Supplément au Traité* de Baudry-Lacantinerie, t. I, 1924, p. 599-600 (no **393**) cbn. nos **332-333**, p. 544-546 et p. 614-617 (nos **405-406**), qui cherche à établir l'influence prépondérante de certains concepts s'appuie en réalité, sur des motifs de fond : ce qui condamne sa thèse principale.

4. J. Bonnecase, *Supplément* à Baudry-Lacantinerie, t. I, 1924, nos **326-331**, p. 531-544, nous expose d'intéressantes théories de W. James et d'É. Picard, qu'il suffit de lire, dans son texte même, pour

cordent au mieux avec mes idées propres[1], aussi bien qu'elles ne contredisent en rien mes solutions particulières.

Celles-ci, à vrai dire, n'ont rencontré de discussion sérieuse que sur le terrain de la personnalité juridique. En bref, on m'a très vivement reproché de faire trop large, dans celle-ci, la part de la technique, au regard des éléments de réalité sociale, qu'elle contient[2].

Là-dessus, je ferai volontiers une concession, dont le germe se découvrirait sans peine dans mes développements antérieurs[3] J'admets qu'on peut avantageusement séparer la *personnalité morale* de la *personnalité juridique*, pour voir dans la première une institution morale et sociale, que la seconde recouvre d'une forme strictement juridique[4]. C'est une façon plus nette d'exprimer les réalités profondes, que j'ai reconnues constituer le *substratum* de tout sujet de droit[5]. Et, si je ne l'avais pas employée jusqu'ici, c'était en me conformant à l'usage général, qui confond la personne morale (ou civile) dans la personne juridique[6] Du moment qu'on sera d'accord pour modifier cet usage linguistique, en vue de mieux représenter les choses, j'y consentirai tout à fait. — Mais, ceci admis, toute la difficulté va porter sur la personnalité strictement juridique, appliquée aux groupements ou œuvres, que nous continuerons, si l'on veut, à appeler personnes civiles, par opposition aux personnes

---

constater qu'elles ne résolvent pas notre problème, et peuvent être acceptées par tous les juristes.

1. J'ai admis, par exemple, que certains concepts serrent de si près la réalité, qu'ils traduisent, qu'ils perdent leur caractère artificiel et peuvent être considérés comme éléments scientifiques de la recherche : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 195 (n° **218**, *in fine*) ; et, pour application, p. 219, texte et note 3 (n° **224**).

2. A. Tissier, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 843 ; p. 844. — M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 716, note 1 ; p. 721-722.

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 220, p. 222, p. 224-225 (n° **224**).

4. C'est ce que propose M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 715-716. — *Adde* : p. 719-720, p. 722, p. 723.

5. Voy. les références de la note 3, p. XVIII de cette préface.

6. Comp. M. Cantacuzène (L'État et le concept de personnalité), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924, t. XXIII, p. 51.

naturelles ou physiques, qui ne sont que les êtres humains envisagés comme individus. Or, le point, véritablement aigu, de cette difficulté, consiste dans l'*assimilation*, des entités, que nous avons qualifiées personnes civiles, aux individus humains personnes naturelles. Il me semble bien difficile de contester que cette assimilation soit largement artificielle [1]. Il suffit, pour s'en rendre compte, de constater, qu'en dépit de tous efforts, on ne peut reconnaître aux personnes civiles les droits strictement personnels et de famille [2], avec leurs prolongements patrimoniaux, droits de succession *ab intestat*, régime matrimonial entre autres, nécessairement réservés aux personnes naturelles, de relever même les difficultés qu'on éprouve à appliquer aux sociétés les règles de la nationalité édictées en vue des individus [3], ou celles de la responsabilité [4], de signaler encore les résultats étranges, auxquels on arrive, quand, faute de dispositions spéciales, on adapte aux personnes civiles certains des droits subjectifs, organisés sous forme générale, par exemple, les droits d'auteurs ou d'artistes, qui, lorsqu'ils ont pris naissance au profit d'une personne civile, se trouveront par là, avoir, en fait, un caractère de perpétuité [5], répugnant évidem-

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 381, texte et note 1 (n° **243**). — Voy. aussi, Mathieu Cantacuzène, *L'État et le concept de personnalité*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924, t. XXIII, p 51-57.

2. Voy. encore G. Aillet (*Droit et sociologie*), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1923, t. XXX, p. 457-458.

3. Voy. notamment : Ch. Lyon-Caen, Communication à la Société de législation comparée sur la nationalité des sociétés, spécialement des sociétés ayant leur siège social en France et composées, en tout ou en partie, d'associés étrangers, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1915-1916, t. XLV, p. 405-419 et discussion à la suite; *Bulletin*, 1916-1917, t. XLVI, p. 58-69, p. 125-145. — A. Pillet et J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Recueil Sirey, 1924, n^os **235-238**, p. 300-308.

4. Cons. notamment l'ouvrage classique d'A. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse de doct. Droit, Paris, 1898-1899. — *Adde* : R. Demogue, *Traité des obligations en général*. I. *Sources des obligations*, t. III, Paris, A. Rousseau, 1923, n^os **341-364**, p. 541-570.

5. Voy. notamment : E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 3e éd., Maillard et Claro, Paris, 1908, n^os **150-151**, p. 181-186. *Adde* : n^os **152-155**, p. 186-190. — G. Bry,

ment au système général de notre législation positive en la matière. Ce côté artificiel nous fait bien apercevoir, dans l'assimilation aux individus des associations, corporations ou fondations, qui fait le fond de la personnalité civile, un concept strictement technique, au sens que j'ai adopté[1]. — Et, dès lors, quelle raison peut m'empêcher de penser que, tout en conservant ce concept, dont l'utilité actuelle reste justifiée par une longue expérience[2], on ne saurait y voir « *le seul support possible* de réalités sociales essentielles[3] », et qu'il est permis d'entrevoir la création éventuelle d'autres concepts, plus exactement adéquats aux réalités qu'il s'agit de traduire[4]. — Telle est, très exactement mesurée, la seule conclusion des développements, que j'avais présentés sur ce point[5], et que je ne puis que maintenir contre des objections, qui, en réalité, ne me semblent pas les détruire[6].

On voudra bien excuser ces polémiques, que je ne poursuis

La propriété industrielle, littéraire et artistique, 3e éd., Paris, Recueil Sirey, 1914, p. 693. — La question se présenterait, soit pour des œuvres résultant d'une collaboration commune entre les membres d'une société savante, personne civile, soit, peut-être aussi (?), pour les œuvres posthumes, dont elle serait dépositaire (Décr. 1er germ. an XIII).

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, 3e partie. Élaboration technique du droit positif, juin 1921.

2. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 226 (n° **224**).

3. Suivant l'expression de M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 720. — Qu'on pense seulement aux « habous » ou « waqfs » du droit musulman, sur lesquels voy. : M. Morand, *Études de droit musulman algérien*, Alger, 1910, p. 225-266. M. Morand, *Avant-projet de Code de droit musulman algérien*, Alger, 1916, art. **445-448**, p. 285-290.

4. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 722, m'objecte que « ce ne serait pas un progrès que de rétrograder vers la responsabilité collective des groupements ». — Mais pourquoi supposer qu'un nouveau concept imposerait nécessairement pareille réaction? C'est faire peu de crédit à la fécondité de l'imagination créatrice.

5. Principalement au t. III de *Science et technique*, juin 1921, n° **224**, p. 212-228.

6. *Adde* ci-après, *Science et technique*, t. IV, p. 18-20 (n° **274**). — On trouvera aussi quelques idées, assez nouvelles, et fort pénétrantes, sur la personnalité morale (ou juridique), dans : G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 167-180.

pas plus avant[1]. Réduites à l'essentiel, elles étaient nécessaires pour maintenir l'intégrité d'une œuvre, que j'ai mis à construire près de trente années, ravies à des travaux concrets, qui eussent, sans doute, été moins combattus et plus productifs.

Ce qui manque trop souvent dans la critique des ouvrages de cette sorte, c'est que, — sous prétexte d'une limpidité parfois hélas! fallacieuse, — elle s'en tient aux schèmes les plus saillants, et néglige des réserves ou nuances indispensables. — Mais on ne doit pas simplifier à l'excès, quand on apprécie des idées générales jusqu'à leur adaptation parfaite à la vie sociale. Le droit, fait pour régir celle-ci, est complexe comme elle. Il faut le prendre tel qu'il est et accepter toutes les modalités et variations qu'on en prévoit, et dont on peut s'assurer qu'on en oubliera toujours quelques-unes.

Et maintenant, j'espère que ce quatrième et dernier cahier,

---

1. C'est seulement à l'instant de clore cette préface, que j'ai connaissance de la Conférence faite par L. Duguit à l'Université de Coïmbre, le 3 décembre 1923, sous ce titre : *Le pragmatisme juridique* (Coïmbra, *Imprensa da Universitade*, 1924, br. de 25 p. in-8°), et où il prétend expliquer ma façon d'envisager le rôle des concepts juridiques au moyen de tendances pragmatistes, qui semblent lui mériter, à ses yeux, une condamnation irrémissible (voy. notamment les p. 22-25 de la brochure précitée). — Je ne puis discuter ici cette appréciation, reposant sur un exposé, où les notions psychologiques, métaphysiques, logiques, morales, théologiques et juridiques se succèdent ou s'entremêlent dans une confusion déconcertante, et qui demanderait, pour être dissipée, des développements considérables, trop éloignés aussi du but spécifique de mon effort. — Qu'il me suffise de relever deux points susceptibles de préciser ma position. D'une part, j'ai reconnu (et le passage même cité par L. Duguit en fait foi) que certaines idées traduisent adéquatement la réalité juridique et s'imposent à ce titre [voy. surtout Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 195 (n° **218**), p. 205 (n° **221**) et t. IV, octobre 1924, Préface, p. XVIII, note 1, p. 17-18 (n° **274**), p. 31 (n° **277**), avec les références]; de sorte que la nature et la fonction de *moyens proprement techniques* n'appartient, suivant moi, qu'aux concepts qui ont un caractère nettement artificiel. D'autre part, si j'admets que ces derniers peuvent être infléchis ou modifiés en vue du but à atteindre, c'est qu'ils nous font sortir du domaine de la *connaissance*, pour nous placer dans celui de l'*action*, le seul où le criterium du succès puisse être légitimement employé. Comp., sur ce dernier point : Fr. Geny (Les procédés d'élaboration du droit civil), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 193.

consacré aux rapports entre la science et la technique du droit, et surtout à leurs conflits inévitables, achèvera de montrer la plénitude et l'homogénéité du système du droit positif, tel que je l'entrevois, si, du moins, l'on veut bien tenir compte de toutes ses parties[1].

En dehors de son objet principal, j'ai cru devoir faire à ce tome IV deux additions, nécessaires pour compléter et mettre au point des développements contenus au tome II, paru en 1915.

L'une, relative aux derniers travaux de L. Duguit, a été publiée, pour la première fois, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*. Je la reproduis, telle quelle, aujourd'hui, afin de mettre au point le chapitre, que j'avais antérieurement consacré aux travaux de mon éminent collègue (chap. VII du t. II ou chap. XII de l'ensemble).

L'autre, qui est nouvelle, a pour objet la nécessité du droit

---

1. C'est encore au moment où j'achève cette préface, que paraît dans la *Revue du droit public*, de juillet-août-septembre 1924, t. XLI, p. 399-430, une importante *Note de jurisprudence*, de G. Jèze, sur *Le contrôle juridictionnel des lois*. — Bien qu'elle n'apporte aucun élément de solution essentiellement nouveau, cette note manifeste, de la part de G. Jèze, une tendance assez nette, et d'ailleurs confessée par l'auteur (voy. notamment p. 413), à rejeter décidément le bien fondé, en droit positif, — qu'il avait prôné l'un des premiers, dès 1895, — de l'exception d'inconstitutionnalité, destinée à assurer le contrôle, de la conformité intrinsèque à la constitution, de la loi ordinaire. Ce revirement ne rend que plus difficilement explicable la théorie d'une *technique juridique*, impérieuse bien qu'étrangère à toute notion de droit naturel, que j'ai relevée chez mon éminent collègue (voy. ci-après, dans ce volume, la IIe étude complémentaire, p. 228-229 [n° **6**] et p. 231-237 [n° **7**]), et qu'il maintient toujours (article cité, p. 401-403, p. 421. *Adde* : G. Jèze, *Le principe de la non-rétroactivité des lois et les lois interprétatives*, dans *Revue du droit public*, avril-mai-juin 1924, t. XLI, p. 157-190 ; et *Notes de jurisprudence*, *ibid.*, p. 214-223), sans lui laisser, semble-t-il, aucune sanction pratique efficace. — Pour le surplus, on lira, non sans profit, les pages, dont il s'agit, à l'effet de compléter, *documentairement*, les développements présentés, dans ce t. IV de *Science et technique*, sur la précision des droits naturels supérieurs au moyen de constitutions rigides (ci-après, n° **291**, p. 81-87), sur l'exception d'inconstitutionnalité contre la loi (n° **293**, p. 91-102), sur la responsabilité de l'Etat législateur (n° **295**, p. 105-112).

naturel. Elle m'a paru indispensable, à l'effet de réfuter certaines formes, récemment produites ou nouvellement développées, du positivisme juridique. Elle vient donc compléter et renforcer la thèse essentielle, qui forme l'objet capital de mon tome II : l'irréductible droit naturel.

Nancy, octobre 1924.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

QUATRIÈME PARTIE

RAPPORTS ENTRE L'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE ET L'ÉLABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF

Pages.

PRÉFACE DU TOME QUATRIÈME ..... V-XXII

269. Objet et plan de la quatrième partie. — Principaux problèmes, qui surgissent du rapprochement entre les deux aspects de l'élaboration du droit 1-4

270. Observations destinées à préparer l'examen de ces problèmes 4-7

CHAPITRE PREMIER (XXIV)

PRÉCISION DE LA DISTINCTION A MAINTENIR ENTRE L'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE ET L'ÉLABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF

271. Difficultés que présentent le maintien et l'application de la distinction proposée 8-10

272. Position à prendre et marche à suivre pour élucider le problème 10-14

273. Application générale de ces idées, en partant de la prédominance du « donné » 14-16

274. Application plus délicate concernant les concepts. — Résumé 17-22

CHAPITRE SECOND (XXV)

ROLES RESPECTIFS DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNIQUE DANS L'ÉLABORATION INTÉGRALE DU DROIT POSITIF
(Coopération des deux éléments).

Pages.

275. Principales questions à envisager sous la rubrique de ce chapitre..... 23-24
276. I. Nécessité ou utilité de la technique à côté de la science..... 24-30
277. II. Avantages propres de cette partie de l'élaboration technique, qui consiste en représentations de l'esprit et en concepts..... 30-34
278. III. Dans quelle mesure la loi écrite, type éminent des modes d'expression techniques du droit, est-elle nécessaire pour fixer la règle de droit? — Résumé.. 34-46

CHAPITRE TROISIÈME (XXVI)

POUVOIRS RELATIFS DE L'INTERPRÉTATION EN FACE DES ÉLÉMENTS. TANT SCIENTIFIQUES QUE TECHNIQUES, DE L'ÉLABORATION DU DROIT

279. Position générale de l'interprète. — Comment son jugement sera guidé par la distinction du « donné » et du « construit ». 47-48
280. Cette distinction ne doit pas fixer brutalement les limites de l'interprétation..... 48-50
281. La latitude de l'interprétation varie suivant les éléments qu'elle met en œuvre..... 50-54
282. Application de ces idées dans le droit des obligations.. 54-57
283. Influence des sources formelles, particulièrement de la loi écrite, sur la liberté de l'interprétation..... 57-58

CHAPITRE QUATRIÈME (XXVII)

RÈGLEMENT DES CONFLITS ENTRE LES ÉLÉMENTS SCIENTIFIQUES ET LES ÉLÉMENTS TECHNIQUES DE L'ÉLABORATION DU DROIT
(Collision de la science et de la technique).

284. Principe général : subordination de la technique à la science..... 59-61
285. Application du principe aux procédés plastiques, instruments matériels de la technique du droit..... 61-63
286. Application aux procédés intellectuels, ressortissant des efforts de l'esprit..... 63-65
287. Application aux sources formelles, autre variété de procédés techniques..... 65-68

CHAPITRE CINQUIÈME (XXVIII)

CONFLIT DU DROIT NATUREL ET DE LA LOI POSITIVE ÉCRITE

Pages.

288. Importance, difficultés et complexité du problème.... 69-72

289. Position concrète du problème. Principe de sa solution : prévalence de la loi écrite. Diverses justifications possibles..... 72-78

290. Limitations et correctifs à apporter au principe. — Garanties d'un exercice légitime du pouvoir législatif. 78-81

291. Précision des droits naturels supérieurs au moyen de constitutions rigides. — Valeur relative du moyen. 81-87

292. Moyens préventifs et répressifs contre les excès éventuels de la législation positive. — Application aux règlements..... 88-91

293. L'exception d'inconstitutionnalité contre la loi..... 91-102

294. Recours direct contre la loi méconnaissant le droit supérieur?..... 102-105

295. Correctif de la prévalence de la loi écrite dans la responsabilité de l'État législateur..... 105-112

296. Sanction désespérée des abus flagrants : résistance à l'oppression des lois despotiques (question générale du droit à l'insurrection)..... 112-117

297. Fondement légitime, conditions et limites de la résistance à l'oppression..... 117-125

298. Applications, dans les faits, de la résistance individuelle et de l'agression collective (révolutions)..... 125-134

299. Contre-partie dans la question des pleins pouvoirs de l'exécutif..... 134-137

300. Résumé sur la solution du conflit entre le droit naturel et la loi positive..... 137-141

CONCLUSIONS GÉNÉRALES DE L'OUVRAGE :

Science et technique en droit privé positif.

301. Résumé progressif des développements présentés, dans le sens de la distinction à maintenir entre la science et la technique..... 142-144

302. Série de thèses exprimant, en formules nettes, les principales conclusions, nouvellement acquises par cet ouvrage..... 144-153

303. Généralisation tendant à marquer la place du droit dans l'ensemble des disciplines sociales..... 153-155

304. Extension des résultats obtenus, au-delà du domaine considéré..... 155-157

ÉTUDES COMPLÉMENTAIRES

I

Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit.

Pages.

1. Objet de la présente étude : examen critique de la 2e édition du « Traité de droit constitutionnel », t. I, au point de vue des théories générales du droit civil..... 159-161
2. Rappel des principes directeurs de L. Duguit..... 161-163
3. Conclusions négatives et positives de L. Duguit. Points à examiner..... 163-164

I. *Constitution du droit objectif.*

4. Notion et aspects divers du droit objectif, d'après L. Duguit..... 164-166
5. Justification de la règle de droit, suivant L. Duguit. — Critique..... 166-170
6. Suite de la même critique..... 170-173
7. Nécessité du droit naturel. Comment l'enrichit la doctrine de L. Duguit..... 173-175

II. *Critique du droit subjectif.*

8. Double critique du droit subjectif par L. Duguit..... 175-176
9. La notion de droit subjectif impuissante, d'après L. Duguit, à représenter la règle de droit..... 176-179
10. Échec de l'analyse, s'exerçant sur cette notion, suivant L. Duguit..... 179-180
11. Maintien, contre ces critiques, de la notion du droit subjectif..... 180-184
12. Cette notion correspond aux réalités de la vie sociale... 184-187

III. *Configuration du sujet de droit.*

13. Il ne saurait exister, aux yeux de L. Duguit, de sujet de droit subjectif..... 187-189
14-15. Conséquence de cette négation, en ce qui concerne les associations et fondations. — Critique..... 189-192
16. Examen de certaines conséquences pratiques, que L. Duguit attribue à son système..... 192-195
17. Critique de ces idées, du point de vue de la théorie des concepts..... 195-198

IV. *Théorie de l'acte juridique et de ses principales variétés.*

Pages.
18-19. Analyse de l'acte juridique par L. Duguit..... 198-202
20. Thèse, qu'il en déduit contre le rôle capital de la volonté dans cet acte. — Critique..... 202-205
21. Diverses sortes d'actes juridiques, d'après leur objet médiat, aux yeux de L. Duguit..... 205-206
22. Variétés d'actes juridiques, d'après leur fonction, aux yeux de L. Duguit..... 206-209
23. Observations critiques sur ces distinctions..... 209-212
24. Conclusion générale sur la valeur et l'influence de l'œuvre de L. Duguit..... 212-213

II

La nécessité du droit naturel
(Nouvel examen critique du positivisme juridique).

1. Le problème de l'existence du droit naturel. Son importance. Sa position exacte. Sa difficulté..... 213-217
2. Justification de l'existence du droit naturel. Sa nécessité. 218-221
3. La tradition du droit naturel. Ses partisans. Ses adversaires. — Le positivisme juridique. Ses principaux représentants français à l'heure actuelle..... 221-225
4. A. Exposé du système de G. May..... 225-228
5. Appréciation critique de ce système..... 228-231
6. B. Exposé du système de G. Jèze..... 231-234
7. Appréciation critique de ce système..... 234-241
8. C. Exposé du système de R. Carré de Malberg..... 241-245
9. Appréciation critique de ce système..... 245-254
10. D. Exposé du système de G. Ripert..... 254 259
11. Appréciation critique de ce système..... 259-264
12. Importance d'une opinion très répandue pour la reconnaissance du droit naturel..... 264-265

Addenda..... 267

SCIENCE ET TECHNIQUE

EN DROIT PRIVÉ POSITIF

QUATRIÈME PARTIE

RAPPORTS ENTRE L'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE ET L'ÉLABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF

SOMMAIRE : **269**. Objet et plan de la quatrième partie. — Principaux problèmes, qui surgissent du rapprochement entre les deux aspects de l'élaboration du droit. — **270**. Observations destinées à préparer l'examen de ces problèmes.

269. — Les deux aspects de l'élaboration du droit, que nous avons envisagés séparément et, en quelque sorte, analytiquement, jusqu'alors, ne se manifestent pas dans cet état d'isolement, au cours de la vie sociale. En fait, ils se rencontrent et se complètent, pour concourir, par une synthèse constante, au but spécifique de toute organisation juridique : assurer un peu d'ordre effectif entre les hommes, conformément à l'idée de justice. — Aussi, convient-il maintenant de les rapprocher et de les confronter, en vue d'aborder les problèmes nouveaux, que soulèvent leurs rapports mutuels, et dont l'examen apparaît nécessaire à qui veut achever de pénétrer le sens profond et d'harmoniser quelque peu le jeu d'ensemble du système total du droit positif.

Ces problèmes sont assurément aussi nombreux que complexes, parce qu'ils naissent de la combinaison, incessante et multiforme, de forces, de nature diverse, qui, tantôt, agiront parallèlement l'une à l'autre, tantôt, s'uniront en une sorte de *consensus* sympathique, tantôt, au contraire, se heurteront et se choqueront dans une rivalité de tendances semblant défier tout accord.

Aussi bien, n'ai-je pas la prétention, et, pas plus, je ne me sens les moyens, de débrouiller, ni même d'énoncer, ici, toutes les questions, qui se peuvent nouer autour d'un *plexus* organique, à peine soupçonné jusqu'à présent. Mais, tout bonnement, placé en face de cette opposition, de « donné » et de « construit », de « science » et de « technique », que j'ai précédemment fait ressortir[1], je voudrais, maintenant, l'ausculter en elle-même, rechercher sa signification, sa portée, ses limites, afin d'en pouvoir juger la fécondité réelle, et de reconnaître si elle se ramène à une simple dichotomie théorique, intéressante d'ailleurs comme telle pour nous découvrir certains secrets de l'ordre juridique[2], ou, si elle n'est pas, plus encore, — et dans quelle mesure, — une vérité pratique, susceptible de conclusions précieuses à la vie[3].

Nous nous rapprocherons, j'ose l'espérer, de ce but, en

---

1. Voy. notamment, Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, nos **32-34**, p. 95-100 ; — puis t. II, Paris, octobre 1915, *Élaboration scientifique du droit positif;* — et t. III, Paris, juin 1921, *Élaboration technique du droit positif.*

2. C'est un résultat, que je tiens pour acquis, à la suite des études poursuivies dans les t. II et III de *Science et technique en droit privé positif.*

3. Comp. Fr. Geny (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans : *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 181-185. — Contre l'intérêt puissant de la distinction présentée, on trouvera des indications suggestives dans M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1916. Note en réponse à des observations de M. F. Geny (suite de l'Introduction), p. XXV-XXVII. — J'espère que le présent (et dernier) cahier pourra dissoudre, en quelque mesure, les hésitations de mon éminent collègue. Rappr. ci-après mes conclusions, nos **298**, *in fine* et **299-302**.

passant successivement en revue quelques points, qui, *prima facie*, s'imposent à l'attention :

Tout d'abord, on peut se demander si la distinction présentée[1] est autre chose que le résultat d'une vue, un peu superficielle, de l'esprit, qu'une séparation de tendances vagues, sans racines profondes dans la réalité. Et, afin d'écarter l'objection, il conviendrait de préciser l'opposition des deux éléments en présence, de montrer qu'en certaines de ses applications, tout au moins, elle présente des arêtes assez vives, elle offre des critères assez nets, pour se réaliser suivant toutes les exigences de la création, de la mise en œuvre et de l'interprétation du droit positif (chapitre premier [XXIV]).

Cela fait, il s'agirait de montrer l'intérêt positif de la même distinction, en cherchant à délimiter les sphères d'influence respectives du « donné » et du « construit », à faire la part et à fixer le rôle de la « science » et de la « technique », dans tout le développement de l'organisation juridique (chapitre second [XXV]). — Plus spécialement et plus précisément encore, il y aurait à rechercher quelle liberté d'action doit être reconnue aux divers organes du droit positif, particulièrement à l'interprétation, au regard des deux sortes d'éléments, que nous aurons séparés, à la base des institutions ou des règles (chapitre troisième [XXVI]).

Ayant ainsi relevé les traits essentiels de leur coopération, il resterait ensuite à prévoir les principaux conflits possibles entre les directions de caractère scientifique et les expédients issus de la technique, en vue de dégager un principe de dénouement de semblable collision (chapitre quatrième [XXVII]). — Et, pour placer le même objet sous son angle le plus aigu, il importerait, en terminant, d'envisager, de plein front et en toute sincérité, le problème capital, bien connu mais resté encore

1. Voy. ci-dessus, p. 2, texte et note 1 (n° 269).

profondément trouble, du conflit, qui se peut offrir, dans l'ordre positif, entre le droit naturel et la loi écrite (chapitre cinquième [XXVIII]).

270. — Avant de passer au développement de ce programme, deux observations me paraissent encore utiles, pour en assouplir les termes et en bien marquer la portée :

I. La délicatesse du problème, qui se trouve abordé ici, ne tient pas seulement au voisinage intime des notions, que nous prétendons séparer et hiérarchiser, soit que, considérant les matières de l'élaboration à poursuivre, nous opposions le « donné » au « construit », soit, qu'envisageant plutôt les modes de leur mise en œuvre, nous placions la « technique » en regard de la « science ». Elle s'accentue et s'aggrave, du fait, que chacune de ces notions ne constitue pas, par elle-même, un tout homogène : le « donné », base de la « science », offre des variétés assez distantes les unes des autres, depuis le « donné réel », expression pure de la nature même des choses, jusqu'au « donné idéal », qui nous entraîne aux aspirations les plus sublimes, en passant par le « donné historique », sorte de sédiment du premier, et par le « donné rationnel », préparation plus directe du second[1]; et, d'autre part, la « technique », qui constitue l'élaboration propre au « construit », se traduit en des procédés, de nature fort différente, agissant, tantôt par les composants, matériels ou plastiques, des institutions, tantôt par les idées qui les représentent à l'esprit, tantôt par les mots et les formules où elles s'expriment, tantôt encore par des moyens empruntés à l'organisme constitutionnel (ex. : sources formelles, au premier rang desquelles la loi écrite); sans parler d'expédients, moins généraux et plus menus, qu'on

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, octobre 1915, t. II, chapitre neuvième (XIV), § II, nos **166-170**, p. 369-389.

ne saurait ramener à des catégories nettement définies [1]. — Il est aisé de soupçonner que cette diversité extrême d'éléments ne laisse pas aux notions générales, qui les couvrent, une pureté assez grande, pour ramener leurs rapports à des termes simples et susceptibles de jugements catégoriques. Car le contact s'établira parfois entre tel élément de l'une et tel élément de l'autre, qui n'offriront pas, chacun pris à part, les caractères, nettement typiques, de la notion, qu'ils se bornent à refléter. Il en résulte qu'une confrontation, pleinement sincère et exacte, des notions mises en présence, demanderait toute une série de rapprochements, entre leurs éléments respectifs, séparément analysés, qui, vu le nombre, à vrai dire, infini, de ces éléments, n'aboutirait qu'à un émiettement ruineux et à une dispersion sans profit. — La nécessité, primordiale, d'une synthèse, cohérente et féconde, nous contraindra donc à limiter notre effort au rapprochement des deux notions antagonistes, sauf à signaler, exceptionnellement, les particularités intéressantes de certains de leurs éléments, voire, parfois, à faire porter la comparaison sur quelques-uns de ces éléments eux-mêmes, pour mettre en meilleure lumière les relations à dégager. Cette dernière considération nous amènera notamment à détacher les sources formelles — souvent même la plus caractéristique de celles-ci, la loi écrite — du bloc des procédés techniques, et à les placer, parfois, seules, au regard des données offertes à l'étude scientifique, avec lesquelles elles manifestent une opposition plus saisissante.

II. Les questions, que nous abordons ici, se posent devant tous les organes, quels qu'ils soient, du droit positif, législateurs, administrateurs, juges, interprètes désintéressés. Tous, en effet, élaborant la matière juri-

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921.

dique à leur façon et suivant leurs rôles propres, ont besoin de discerner, d'utiliser et d'harmoniser, d'une part, ce que leur offre comme donné la nature des choses, largement comprise, d'autre part, ce qui peut y être ajouté par un effort d'invention ou de construction personnelles. — Toutefois, sous ce rapport aussi, la nécessité de voir clair et d'aboutir nous invite à certaines éliminations ou simplifications Et d'abord, dans tout le maniement des règles et solutions juridiques, l'action administrative, chargée de la mise à exécution de préceptes antérieurement posés (pouvoir exécutif), reste, de par sa nature même, étrangère à la création d'un développement organique du droit : en tout cas, elle s'exerce par des procédés spécifiques et empiriques, qui restreignent beaucoup, pour elle, la portée de la distinction envisagée ici. Je laisserai donc à part — non sans quelque regret d'ailleurs — l'aspect, trop individualisé, de celle-ci pour l'Administration [1]. Quant au législateur, bien qu'il ait assurément à tenir grand compte de la variété des éléments, qu'il met en œuvre, le pouvoir souverain, qu'on lui reconnaît en général, le place fort au-dessus de leur autorité respective, et lui permet, le plus souvent, de méconnaître impunément la hiérarchie de valeurs qui s'établit entre eux. Ajoutez que la loi écrite, devant elle-même figurer parmi les instruments de l'élaboration technique du droit [2], il en résulte, pour son auteur, certaine incompétence, à l'effet de mesurer sa propre action. — C'est donc, à vrai dire, à l'égard de l'interprète proprement dit du droit, que notre problème apparaît capital et tout à fait net. Surtout, en effet, quand on envisage l'interprétation juridique d'un œil large, comme l'action, variée et complexe, indispensable pour mettre en pleine

1. Sur le régime administratif, comp. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1922-1923, p. 123-136.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, n° **199**, p. 81-85. — *Adde :* n° **201**, p. 89-93.

valeur le fonds entier du droit positif, au moyen de toutes les forces capables d'en scruter et d'en développer le mystère [1], il importe, au plus haut point, que les personnes, qui assurent pareil effort, sachent démêler, parmi les moyens, dont elles font usage, ceux qui s'imposent comme donnés, de ceux qu'elles construiront à leur guise, qu'elles discernent le jeu différent des uns et des autres, afin d'y adapter, plus ou moins librement, leur action propre, qu'elles entrevoient les conflits possibles entre eux, et sachent auquel il y a lieu, le cas échéant, d'assurer la suprématie. — C'est pourquoi, — sans écarter absolument le rôle propre de la création législative, — nous considérerons principalement ces difficultés, du point de vue de l'interprétation du droit sainement comprise. Au surplus, nous ne séparerons pas l'interprétation, s'exerçant officiellement par voie judiciaire, de celle qui se traduit sous la forme désintéressée des expositions ou opinions doctrinales, les principes essentiels de direction devant rester les mêmes pour toutes deux, sauf, quant à la première, la nuance d'une pratique effective, par où l'interprétation des tribunaux rejoindrait celle des administrateurs, que nous semblions, plus haut, abandonner.

---

1. Voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd., Paris, 1899; 2e éd., en 2 vol., Paris, 1919.

CHAPITRE PREMIER (XXIV)

PRECISION DE LA DISTINCTION A MAINTENIR ENTRE L'ELABORATION SCIENTIFIQUE ET L'ELABORATION TECHNIQUE DU DROIT POSITIF.

Sommaire : **271.** Difficultés que présentent le maintien et l'application de la distinction proposée. — **272.** Position à prendre et marche à suivre pour élucider le problème. — **273.** Application générale de ces idées, en partant de la prédominance du « donné ». — **274.** Application plus délicate concernant les concepts. — Résumé.

271. — Avant de reconnaître les intérêts ou conséquences pratiques de la distinction signalée entre les deux pôles opposés de l'élaboration générale du droit positif, la science et la technique, et avant d'examiner les conflits qui peuvent surgir de leur contact, il faut nous assurer que la distinction existe, non pas seulement pour la pensée considérant de haut les contours, souvent estompés, des choses morales, mais dans la réalité effective de la vie sociale, c'est-à-dire qu'elle se ramène à des termes, atteignant le fonds même des règles juridiques et y discernant, de façon claire, deux terrains de recherches, qui comportent des moyens de travail, différenciés par un signe assez caractéristique, pour assigner à chacun un rôle nettement spécifique.

Or, — si tranchée puisse apparaître la distinction, dans sa formule théorique, lorsqu'on la base sur la séparation de ce qui nous est « donné », dans la nature des choses formant comme la matière première de la constitution

des règles de droit, objet essentiel de connaissance ou de sentiment profond, et de ce que nous « construisons » autour de ce noyau rudimentaire par tout l'effort de notre action s'appliquant sans relâche à satisfaire les besoins pratiques, — dès que, nous attachant aux problèmes concrets, nous essayons de la réaliser, avec quelque rigueur d'application, nous trouvons tellement emmêlés, dans la trame serrée et compacte de l'œuvre juridique, les multiples fils dont elle est tissue, que nous arrivons malaisément à discerner entre eux une dualité de nature, susceptible de leur assigner un rôle et un mode d'action vraiment distincts. — Partout, les considérations morales et économiques se fondent avec les formes, avec les catégories, surtout avec les procédés intellectuels, par lesquels on élabore les règles. Les sources formelles, la loi en tête, viennent résumer les conclusions acquises, au moyen de formules linguistiques, qui rendent la discrimination encore plus malaisée. Et, dans ce que l'on appelle la « construction juridique », tous ces éléments fonctionnent ensemble, les uns s'appuyant aux autres, sans que chacun conserve, intacte et nettement reconnaissable, la marque de son origine[1]. — De là, un sentiment d'incertitude et d'équivoque, qu'on emporte fatalement de tout essai empirique d'analyse profonde des problèmes juridiques les plus variés ; la part respective du « donné » et celle du « construit » n'y semblent pouvoir être faites que dans les limites

1. Comp. Fr. Geny (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans : *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 182. — *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, p. 19-22 (n° **183**) et p. 320-321 (n° **268**). — Cette difficulté, de séparer nettement le « donné » et le « construit », la « science » et la « technique » du droit, a été bien sentie par H. Capitant (*Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 734-738 et par M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, 1916 (Note en réponse à des observations de M. Fr. Geny, p. XXV-XXVII). — Voy. aussi : R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 335.

d'une approximation, qui condamnerait toutes conclusions précises [1].

Si nous voulons dissiper ce malaise, ou, du moins, le réduire à ses limites les plus strictes, il est nécessaire de reprendre, par la base, le problème primitif, qu'il nous rappelle, et que les développements antérieurs [2] nous permettent maintenant de mieux pénétrer, en montrant que, sous quelques réserves qui n'entament pas le principe essentiel de la distinction, il reste possible de séparer, entre les éléments divers contribuant à l'organisation de la vie juridique, ceux qui, puisés dans la nature des choses largement envisagée, s'imposent à nous, sous la pression de nos puissances intellectuelles ou morales, et demandent seulement à être reconnus pour ce qu'ils sont, et ceux qui, dépendant principalement de notre action volontaire, requièrent, pour leur mise en œuvre féconde, un choix et un agencement de moyens, où contribue un vaste usage de la liberté.

272. — Avant de scruter de plus près comment cette distinction se peut préciser et réaliser dans les faits, représentons-nous, une fois encore, le mode normal, sous lequel s'offrent à notre examen les problèmes les plus généraux du droit privé positif. Nous voyons aux prises, sur un point donné, et à propos d'un bien quelconque de la vie en société, les désirs ou les passions des hommes,

---

1. Voy., par exemple : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, n° **41**, p. 115-119 ; n^os **64-66**, p. 194-210 ; — t. II, Paris, 1915, p. 371 (n° **166**, *in fine*) ; p. 372-373 et p. 375-376 (n° **167**) ; p. 377 (n° **168**) ; p. 382-383 (n° **169**) ; p. 386 et p. 388 (n° **170**) ; n^os **173-174** *bis*, p. 399-415 ; — t. III, Paris, juin 1921, *passim*, notamment n^os **264-267**, p. 503-519. — Je puis cependant citer, comme exemple d'une utilisation, fort judicieuse, de la distinction : P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse de doctorat Droit, Nancy, 1921-1922.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Recueil Sirey, t. I, 1914 ; t. II, octobre 1915 ; t. III, juin 1921.

dont chacun tend à obtenir, d'une façon ferme et stable, ce qu'il tient, à tort ou à raison, pour son intérêt. — Quelquefois, il s'agit directement, pour un membre de la société, de défendre contre toutes atteintes les prérogatives inhérentes à sa personne (droits de la personnalité). Ou bien, c'est une chose, dont les avantages, de nature multiple et variable, sont disputés entre plusieurs (droits réels sur les choses). Ou encore, l'un prétend une emprise sur la liberté d'un autre, qui décline pareil assujettissement (droit des obligations). Tantôt, ce sont les liens naturels, établis par l'union des sexe ou par la génération, qui susciteront des réclamations de la part des personnes ainsi rapprochées (droits de famille). Tantôt, les volontés libres des individus auront créé entre eux une situation détruisant leur indépendance normale (droit des actes juridiques ou des contrats). Tantôt, l'occasion du débat sera un événement, rompant l'uniformité ordinaire du cours des choses, par exemple, la mort d'un des membres de la société, qui, supprimant sa puissance effective, ouvre la place à d'autres, pour occuper la situation ainsi vacante (droit de succession). — Dans ces cas, et tous ceux qu'on y pourrait joindre encore, il faut reconnaître et assurer, entre les prétentions en conflit, celle qui paraît mériter de l'emporter. Et, c'est la tâche du droit, qui n'est vraiment remplie, qu'à la condition de munir d'une sanction, supérieure aux contradictions possibles, la prépondérance positivement proclamée et définie.

Or, si nous considérons le *processus* général de cette organisation, nous y découvrons, d'abord, une partie descriptive et démonstrative, qui fait le fond de toute activité intellectuelle des hommes, et qui se retrouve, comme un canevas nécessaire, en chaque phase de l'élaboration juridique, où se manifeste incontestablement semblable activité [1]. Cette partie, consistant notamment en idées, en

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, p. 188-190 (n° 217).

jugements (au sens philosophique du mot), en raisonnements, en mots et formules, avec le secours de tous les instruments logiques (définitions, classifications, hypothèses, théories), ou des moyens de la méthodologie classique, est commune à la science et à la technique du droit; elle reste vraiment en dehors de toutes deux, parce que, simple instrument de développement de solutions déjà acquises, elle ne porte pas, en soi-même, le signe distinctif de la règle destinée à imposer l'ordre entre les hommes[1].

Mais, quand nous nous attachons exclusivement aux éléments constitutifs de cette règle obligatoire, qui caractérise le droit positif[2], y constaterons-nous une dualité de nature, permettant de leur assigner deux directions différentes, dans l'élaboration qu'ils comportent? — De prime abord, on est fort tenté d'en douter Car le trait uniforme du « juridisme », impliquant soumission nécessaire, des hommes vivant en société, à un précepte, que la raison peut, seule, en dernière analyse, justifier, suppose, à sa base, un fonds de vérités, dégagées, par l'esprit, de la nature, donc uniformes, de quelque biais qu'on les saisisse, pour les adapter à la vie. Et si, parfois, tels procédés, d'apparence arbitraire, jouent un rôle notable, voire prépondérant, dans la mise en œuvre des règles, on aperçoit sans peine, que toute la valeur de ces procédés tient à leurs racines, profondément enfoncées dans la nature même des choses, et que la raison seule est capable d'en vérifier le bien fondé. C'est ce qu'il est aisé d'observer, au sujet des procédés mêmes, qui semblent devoir le plus à l'art du jurisconsulte : les formes de procédure, les catégories juridiques, les concepts organisateurs, ou leurs dérivés : tous, au fond, justifient leur emploi par quelque considé-

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, chapitres quatrième et cinquième, n^os^ **35-67**, p. 101-211.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Paris, 1914, p. 51 (n° **16**).

ration rationnelle, que l'esprit nous découvre à la base de leur jeu.

Il est vrai. Et, cette constatation confirme l'homogénéité foncière du règlement juridique, qui, tendant à assujettir l'activité des hommes à certaines restrictions, qu'il impose, au besoin, par la force, ne peut puiser les détails comme le principe de ces restrictions, que dans un ensemble d'idées développées sous le contrôle incessant de la raison[1].

Toutefois, la raison elle-même est une faculté complexe[2]. Et, l'on conçoit, en présence de la variété des questions à régler et de la combinaison des intérêts à accorder, que l'intelligence, même accrue de la puissance intime de la croyance, ne suffise pas pour mettre en œuvre les données issues de la nature ou du milieu social, et que la volonté doive aussi jouer son rôle, en agissant sur les choses de façon à les infléchir, par tous ses efforts, dans le sens du juste. De fait, si le but, révélé à la conscience, est un, les moyens de l'atteindre sont souvent multiples ; et, entre tous ceux qui s'offrent, un choix s'impose, qui met en jeu la liberté et l'ingéniosité humaines. — Ainsi apparaît, dès qu'on pousse un peu la mise en œuvre du droit, la divergence des efforts, les uns émanant de l'intelligence et orientés vers la connaissance du but, les autres, issus de la volonté, et tendant, par l'action, au meilleur choix des moyens. Par là même, le champ de l'élaboration juridique se dédouble : d'une part, c'est la science, ayant pour objectif propre la pénétration des choses ; de l'autre, c'est la technique, qui vise à les informer par une série d'artifices, dus à un usage ingénieux de la libre activité[3]. — En somme, nature et artifice, donné et construit, intelligence,

---

1. Comp Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 19-22 (n° **183**). *Adde :* p. 42-44 (n° **191**).

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. I, p. 162, texte et note 2 (n° **56**).

3. Rappr. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, chapitres premier (XV) et second (XVI), n°s **179-191**, p. 4-44.

et volonté, connaissance et action, fin et moyen, philosophie et métier, telles sont les principales oppositions, qui, réunies et combinées, se syncrétisent dans le contraste de « science » et de « technique », et marquent bien, dans l'œuvre totale des juristes, les deux tendances, vers lesquelles elle s'oriente successivement[1].

273. — Reste à savoir suivant quel criterium précis on peut classer, dans l'un ou l'autre compartiment, les éléments si divers, qui contribuent à l'élaboration juridique prise dans son tout, de façon à les régir, en conséquence, suivant des principes, à quelques égards, différents.

Pour y parvenir, en serrant au plus près la distinction, nous partirons de cette simple constatation, que, le « donné », formant la base primordiale et essentielle des règles du droit, on doit y rapporter, en *principe*, tout ce qui n'est pas marqué d'un signe spécifiquement distinct. — Et, ce signe distinct, qui spécifiera le « construit », et nous fera passer du domaine de la « science » à celui de la « technique », c'est l'intervention personnelle de l'homme, agissant sur la nature au lieu d'en écouter simplement les suggestions c'est, au sens le plus large du mot, l'*artifice*, par lequel nous ajoutons, de nous-mêmes, à l'ordre primitif des choses, pour mieux l'infléchir dans le sens de ce que postule la justice.

On relève semblable artifice dans les sources formelles

---

1. Sous une autre forme, on peut dire que le fondement du droit est toujours de même nature : c'est le « juste » réalisant l'équilibre des intérêts. De ce point de vue, science et technique se confondent. On ne peut chercher la distinction à établir entre elles que dans une tendance. La règle implique les moyens de se réaliser. Mais ces moyens sont-ils tirés de la règle elle-même ou fabriqués à côté par un art spécial? C'est ici que la distinction commence à poindre. Comp. M. Nast, *L'élaboration technique du droit positif*, dans *Annales de droit commercial*, 1922, t. XXXI, p. 343-355. — Aux ouvrages généraux de méthodologie juridique, signalés au t. I de *Science et technique*, paru en 1914, on ajoutera utilement : J. Roume, *A propos de la méthode juridique*, thèse de doct. Droit, Montpellier, 1922.

du droit positif, se présentant comme les modes d'expression des règles, détachés des raisons profondes qui justifient celles-ci, pour prendre une vie à part et traduire l'impératif juridique en la formule d'un précepte réduit à quelques paroles. Tel est, incontestablement, le caractère essentiel de la loi écrite. Et, si la Coutume, ou les Autorités, qui contribuent à sa formation, laissent moins apparaître le tranchant de la volonté catégorique, sous la spontanéité, quelque peu fallacieuse, de leur éclosion, elles n'aboutissent pas moins à absorber, dans leur enveloppe formelle, — qu'il importe, pour ce motif même, de dégager des malléabilités insidieuses de la vie[1], — les principes de fond situés à leur base. C'est pourquoi je n'ai pas hésité à ranger les sources formelles au premier rang des procédés techniques[2].

Mise à part cette variété d'ailleurs si importante, et en supposant que le jurisconsulte se trouve, directement et sans intermédiaire, en face des réalités qui suscitent les conflits de droits, bien des moyens, employés par lui, trahissent également une œuvre artificielle, où se reconnaît sans peine le signe évident de l'effort technique. C'est ainsi que les formes juridiques, proprement dites[3], voire les catégories systématiques d'actes et de faits[4],

---

1. C'est ce qui justifie — en dépit des critiques d'Ed. Lambert (*La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 111-804. — *Adde*, du même : *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921, *passim*), tirées des seuls points de vue sociologique et historique — ma tentative de fixer, en traits aussi précis que possible, les critères de la Coutume juridique. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Librairie générale de droit, 1re éd., 1899; 2e éd., 1919, nos **110**, **119-123**. *Adde :* nos **130-133**.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, nos **199-201**, p. 81-93.

3. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, nos **203-206**, p. 96-122.

4. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, nos **207-213**, p. 123-174.

nous sont apparues comme des moyens, essentiellement factices, d'assigner aux institutions, qu'elles recouvrent, un relief plastique, qui les préserve des fluctuations du « donné ». Et, quand elles interviennent, en dehors même de tout texte légal, pour consacrer un effet juridique, elles ne se confondent pas avec celui-ci. — D'autre part, parmi les procédés intellectuels, transformant les réalités et les adaptant aux besoins de l'ordre juridique par un effort de l'esprit, il en est, tels que les présomptions de droit[1], les fictions[2], ou, plus généralement même, tous les agents d'une réduction simplificatrice des éléments substantiels du droit[3], où l'influence d'une volonté, cherchant à dompter la nature, se montre si évidente, qu'ici encore nous ne saurions douter être en présence de procédés techniques.

Nous en avons pu dire autant des éléments linguistiques, grâce auquels la terminologie ou la phraséologie savent assigner aux préceptes du droit une armature, qui les enserre en des lignes rigides, tout opposées à la mollesse de leur nature originaire[4].

Et, la même marque, distinctive de la technique, signalerait également, à n'en pas douter, mille autres procédés, trop menus pour être ramenés à des types bien définis, et que réunit, seul, leur caractère commun « de trucs de métier », construits de toutes pièces en vue d'un but juridique[5].

---

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, nos **230-239**, p. 264-360.

2. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, nos **240-252**, p. 360-445.

3. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, nos **196-198**, p. 52-81.

4. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, nos **254-260**, p. 448-492.

5. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, p. 45-46 (n° **192**) et p. 51-52 (n° **195**). *Adde* : Note de l'auteur, p. VII-VIII. — A titre d'exemple, je signalerai la purge des hypothèques et privilèges

274. — Au vrai, un doute sérieux ne peut exister, — sur le point de savoir, s'ils font partie du « donné » ou du « construit », s'ils dépendent de la « science » ou de la « technique », — qu'au sujet des concepts, par le moyen desquels les jurisconsultes ont accoutumé de développer les règles du droit. — C'est qu'un minimum de concept semble bien nécessaire, pour représenter à l'esprit toute réalité, même juridique[1]. Et, d'autre part, la fantaisie imaginative se donne aisément libre carrière, en élaborant les concepts, de façon à édifier, grâce à eux, ces constructions juridiques, qui sont œuvre propre de la technique. En même temps, aussi, il paraît nécessaire de comprendre, dans le « donné », un élément idéal, qui nous rapproche singulièrement du concept[2]. Dès lors, en face des efforts intellectuels, par lesquels on prétend représenter les éléments des institutions de droit, on peut parfois hésiter et se demander si l'on a affaire au « donné » ou au « construit ». — Il semble, pourtant, que cette question se puisse résoudre d'après les critères rappelés plus haut. Dans la mesure, où le concept apparaît indispensable pour exprimer la réalité juridique, il forme partie intégrante du « donné » et doit compter parmi les éléments scientifiques du droit[3]. Hors de là, et dès qu'il sert, non plus à traduire strictement les choses, mais à

---

immobiliers en cas d'aliénation volontaire, dont le caractère technique est évident. Voy. aussi les moyens de sanction des dispositions réglementaires de police, d'après note M. Hauriou, sous Conseil d'État, 7 novembre 1913 et 20 février 1914, *Sirey*, 16.3.1.

1. Comp., ci-dessus, préface du présent t. IV de *Science et technique*, p. XVII, texte et note 1

2. Voy. notamment, Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, n° **170**, p. 384-389, surtout p. 387. — *Adde* : p. 390 (n° **171**); p. 395 et 397 (n° **172**); p. 400, 402, 403, 405 (n° **173**); p. 408, 410 (n° **174**); p. 413 (n° **174** *bis*); p. 419-420 (n° **176**).

3. Rappr. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 720-721 (deuxième appendice, *La liberté politique et la personnalité morale de l'État*).

les dénaturer ou les transformer grâce au jeu des idées, il devient artifice et passe au nombre des éléments techniques [1].

Mes développements antérieurs ont fourni déjà maintes applications de ce criterium. Et j'ai pu, sans peine, caractériser, comme simples procédés techniques, des représentations conceptuelles, où l'idée se détachait assez de la réalité, qui lui avait servi de point de départ, pour vivre d'une vie propre et prendre nettement couleur d'artifice intellectuel [2]. Je sais bien que certaines de ces solutions ont éveillé, chez d'excellents esprits, des susceptibilités très vives. C'est ainsi, surtout, que la proposition de voir des moyens techniques dans les notions de « sujet de droit » et de « personne morale » a soulevé, de la part de critiques que je tiens pour hautement autorisés, une opposition impressionnante [3]. Mais, après avoir examiné derechef ce problème et pesé la valeur des objections qu'on m'adresse, je ne puis que persister dans mes appréciations, sous le bénéfice de deux explications complémentaires. — D'une part, je n'hésite pas à reconnaître, qu'à la base des groupements ou œuvres érigés en personnes civiles il y a une réalité, morale et sociale, incontestable. Je l'ai constaté et proclamé amplement [4]. Dès lors, si l'on veut, dans la constitution civile de ces entités, distinguer une personnalité, strictement morale, repré-

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, p. 194-196 (n° **218**). — *Adde* : Fr. Geny (*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de* L. Duguit), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 813-815 (n° **17**), ou, ci-après, Ire étude complémentaire.

2. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, nos **224-226**, p. 212-256.

3. Voy., notamment : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 716, note 1 et p. 721-722 (deuxième appendice, *La liberté politique et la personnalité morale de l'État*). — A. Tissier (*L'élaboration technique du droit privé positif*), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 842-843.

4. Notamment : Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 220-221, p. 222, p. 224 (n° **224**).

sentant l'institution morale et sociale qu'elles enferment, et une personnalité, explicitement juridique, leur assignant la qualité propre de sujet de droit [1], j'admettrai sans peine que la première exprime directement la réalité, tandis que la seconde répond seule aux besoins spécifiques de la technique du droit; mais aussi, est-ce celle-ci qui exprime la substance propre de la notion juridique de personne et c'est elle que traduit l'expression, la plus courante, de « personne morale », quand on l'emploie sans plus ample précision [2]. — D'autre part, de ce que le concept pur de personnalité juridique est, comme je le crois, un artifice de la technique du droit, il ne résulte pas, qu'on puisse s'en passer sans inconvénient grave, ni qu'on doive le tenir pour une pièce négligeable du système général du droit [3]. Sur ce point encore, je me suis expliqué : j'ai reconnu les services importants, qu'avait rendus, que rendait encore la notion de personne adaptée aux groupements et aux œuvres d'intérêt collectif et j'ai conclu qu'il y avait lieu de la conserver [4]. — Quant à aller plus loin et déclarer *a priori* qu'on ne trouvera jamais mieux, je m'y refuse, ne fût-ce que par prudence; et j'attends les raisons décisives, qui puissent me convaincre en faveur d'une affirmation aussi téméraire. Il ne suffit pas d'invoquer une tradition, d'ailleurs sujette à discussion et à doutes. Il faudrait, à tout le moins, réfuter

---

1. Comme le propose M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 715-716. *Adde :* p. 720 et p. 721-722.

2. Comp., sur le « sujet de droit » : Fr. Geny (*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de* L. Duguit), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, nos 13-17, p. 805-815 ou, ci-après, Ire étude complémentaire.

3. C'est la conclusion que paraît m'imputer A. Tissier, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 843. Comp. p. 842, *in fine*.

4. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, p. 222-226. *Adde :* p. 227-228 et Fr. Geny (*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories* de L. Duguit), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, nos 13-17, p. 805-815; où, ci-après, Ire étude complémentaire.

plus directement les inductions, que suggère l'analyse objective des notions considérées[1].

La même distinction, entre le concept, expression directe et nécessaire de la réalité, et le concept, pur artifice technique, se retrouverait, plus ou moins nette, mais toujours latente, à la base de la plupart des théories de droit. — On l'aperçoit sans peine, à propos des nullités d'actes juridiques, si l'on observe que la notion, naturelle et rationnelle, d'un droit de critique, admis par le droit positif et susceptible d'effets variables suivant la gravité des vices qui y donnent lieu, a bien vite dévié vers les concepts prédéfinis d'inexistence ou d'annulabilité (tantôt absolue, tantôt relative), qui, détachés des réalités qu'ils devaient traduire, se tournaient en purs moyens techniques, portant, jusque dans leur application concrète, la marque indélébile de l'artifice[2]. — Et, quand un ingénieux jurisconsulte a voulu mesurer et limiter, aussi exactement que possible, la portée de l'effet déclaratif, attaché au partage et à la transaction, sa méthode a consisté simplement à isoler soigneusement les conséquences, tangibles et concrètes, du principe, des concepts artificiels, sous lesquels on prétendait les placer, et dont la légitimité ne pouvait résulter que de leur valeur technique[3]. — Aussi bien, suffit-il de considérer une matière de droit civil, aussi connue et remuée que celle de la réserve héréditaire, pour

---

1. Rappr. ce qui est dit ci-dessus, en la préface du présent t. IV de *Science et technique*, p. XVIII-XX.

2. Cons. notamment : R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*. Essai d'une théorie nouvelle; thèse de doct. Droit, Dijon, 1908-*1909*. — Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 511-512, (n° **266**).

3. M. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit français*, thèse de doct. Droit, Dijon, *1908*-1909, n^os^ **112-125**, p. 227-260; n^os^ **128-189**, p. 270-407. — Comp., sur les tendances méthodologiques de ce travail et de celui qui a été cité à la note précédente : L. Hugueney, *Rapport sur les concours de licence et de doctorat de la Faculté de droit de Dijon pour l'année scolaire 1908-1909* (Université de Dijon. — Faculté de droit), Dijon, 1909, p. 30, p. 33, p. 34.

y discerner, à côté des considérations de justice et d'utilité, qui la dominent et qu'on tirera de l'importance des liens de famille, de *l'officium pietatis*, du maintien des fortunes acquises, du danger de déclassement des individus, l'intervention de concepts artificiels, tels que la nature juridique du droit de réserve, droit de créance ou droit de succession, part des biens assignés à la famille (*pars bonorum*), ou fraction de l'hérédité participant des caractères de celle-ci (*pars hereditatis*).

En somme, la séparation, des concepts traduisant strictement les éléments scientifiques des règles de droit et de ceux qui jouent le rôle d'instruments techniques de la pensée juridique, se fera fort aisément *dans de certaines limites*. Et, si, parfois, elle reste trouble, *au delà de ces limites*, ce n'est pas une raison pour renoncer à la reconnaître, toutes les fois que les circonstances et les considérations, soumises à l'analyse, le permettent.

Si l'on ajoute encore, qu'en cas de doute, il faut plutôt supposer la nature que l'artifice, et si l'on tient que le même principe, qui a servi de point de départ à notre recherche [1], subsiste, en toutes ses applications, pour discerner le « donné » du « construit », la « science » de la « technique » [2], on conviendra, je pense, qu'en dépit

---

1. Voy., ci-dessus, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, p. 14 (n° **273**, *initio*).

2. Ainsi, le principe de l'autonomie de la volonté privée, maintenu à ses justes limites (déclaration de volonté, exempte de vices, — causée, — et ne heurtant évidemment aucun précepte supérieur) doit, à mon avis, être considéré comme faisant partie du « donné » juridique; et il ne me paraît pas exact de voir, dans le contrat, un simple « procédé technique apte à traduire la justice dans les échanges » (G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924, p. 160; *adde* : p. 148-151 ; p. 159-166; comp. p. 268 271); d'où résulterait que son contenu ne vaut qu'en vertu d'une présomption, susceptible de tomber sous le coup d'un précepte contraire de justice commutative (G. Renard, *op. cit.*, p. 291-296 et p. 300-301). — C'est que la valeur propre du contrat ne repose pas seulement sur l'effet psychologique de l'affirmation et la vague confiance qu'elle suscite (G. Renard, *op cit.*, p. 296-299). Elle est plutôt fondée,

de quelques obscurités et incertitudes d'application, la distinction subsiste, assez ferme dans son critère, assez nette dans ses lignes générales, pour amener, entre les deux variétés d'éléments qu'elle oppose, la coopération d'efforts, et, parfois, la rivalité de forces, auxquelles nous aurons à nous arrêter dans les chapitres qui vont suivre [1].

---

comme l'avaient bien compris les vieux canonistes, sur *l'obligation morale de sincérité* (8e commandement du Décalogue), d'où naît engagement précis du promettant envers ceux qui ont compté sur sa parole. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, Recueil Sirey, octobre 1915, p. 402, texte et note 1 (n° **173**). Comp. L. Le Fur, *Guerre juste et juste paix*, Paris, A. Pedone, 1920, p. 100, *in fine*. — A peine est-il besoin d'ajouter, qu'il y aurait un immense danger social à admettre la possibilité indéfinie de contredire ou de reviser les contrats. Cette faculté entraînerait notamment la ruine de tout notre droit international public positif, qui dérive principalement, sinon exclusivement, de traités. — D'ailleurs, ces observations ne tendent pas à justifier la pratique exclusive des fictions de contrat qui risquent de ruiner le principe (Cons. là-dessus, J. Maynau, *Les fictions et contrats dans le Code civil et depuis le Code civil*, thèse de doct. Droit, Montpellier, 1923-1924). Elles ne contredisent pas non plus le caractère technique, laissé à l'acte législatif, qui se meut dans un autre plan que le contrat.

1. Il n'est pas sans intérêt d'observer aussi, que certains éléments, des institutions juridiques, sont orientés, tantôt vers le « donné », tantôt vers le « construit ». C'est ainsi, par exemple, que les pénalités ont d'abord leur but, en elles-mêmes : elles tendent à frapper ou à arrêter les atteintes à l'ordre social. Mais, en même temps, — et réserve faite de la technique, quelque peu arbitraire, qu'impliquent toute précision de délits et toute détermination de peine, — elles servent aussi, bien souvent, en forme d'effets réflexes, de moyens techniques pour assurer les droits publics ou privés. — Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 46, note 1 (n° **192**).

CHAPITRE SECOND (XXV)

RÔLES RESPECTIFS DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNIQUE DANS L'ÉLABORATION INTÉGRALE DU DROIT POSITIF

(Coopération des deux éléments).

SOMMAIRE : **275.** Principales questions à envisager sous la rubrique de ce chapitre. — **276.** I. Nécessité ou utilité de la technique à côté de la science. — **277.** II. Avantages propres de cette partie de l'élaboration technique, qui consiste en représentations de l'esprit et en concepts. — **278.** III. Dans quelle mesure la loi écrite, type éminent des modes d'expression techniques du droit, est-elle nécessaire pour fixer la règle de droit? — Résumé.

275. — Puisque « science » et « technique » interviennent ensemble, et souvent d'accord, pour constituer l'organisation juridique positive, il est important, — ne fût-ce qu'en raison de la diversité des méthodes qui les régissent, — de chercher à délimiter, aussi exactement que possible, leurs rôles respectifs, à déterminer dans quelle mesure l'une ou l'autre est à sa place, suivant les règles qu'il s'agit d'établir ou en vue des solutions auxquelles on doit aboutir.

Et, comme il est évident, *a priori*, d'après la nature propre des éléments en présence, que tout s'établit sur la base primitive du « donné », objet de l'investigation scientifique, que l'élaboration technique ne vient y plaquer ses « constructions » artificielles, qu'en vertu d'un effort, demandant une justification précise, surtout quant aux

artifices qui proviennent du travail propre de l'esprit, enfin, que, parmi les procédés techniques, il en est un, celui des sources formelles, — dont le type reste la loi écrite, — qui prend un ascendant facilement explicable par sa convenance à l'expression même de la règle de droit, il semble que nous éclairerons les faces principales du problème posé en ce chapitre, si seulement nous examinons et arrivons à résoudre les questions suivantes :

I. Pourquoi ne peut-on pas, quand il y a lieu de dégager et d'appliquer les préceptes juridiques, se contenter d'une investigation, qui scrutât le « donné » de la vie sociale, sans y ajouter l'artifice, — soit d'une recherche purement « scientifique », dans le sens large où nous avons pris cette expression [1] ?

II. Quelle est l'utilité propre de l'élaboration technique, consistant en représentations de l'esprit et en concepts? Quelles qualités précieuses, en vue du but ultime assigné au droit positif, le « construit » vient-il ici ajouter au « donné »?

III. Plus spécialement encore, la loi écrite, ce type éminent des modes techniques d'expression du droit, ne sera-t-elle pas parfois nécessaire, pour en assurer la réalisation pratique, et dans quels cas devrons-nous lui reconnaître ce mérite spécifique?

276. — I. Avant tout, un doute, suscitant une interrogation, s'impose à la pensée. Si la base essentielle, et seule vraiment solide, du droit positif, repose dans le « donné », si la « construction » n'y peut ajouter que des artifices, qui, dépendant d'un choix, quelque peu arbitraire, risquent de compromettre les résultats assurés par la nature des choses, pourquoi ne s'en tiendrait-on pas à dégager

1. Sur ce sens large de la notion de « science » en droit positif, voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. I, Paris, 1914, p. 98 (n° **24**); p. 136-138 (n° **47**); p. 182-185 (n° **61**); p 187-188 (n° **62**); p. 211 (n° **67**); t. II, Paris, 1915, p. 2 (n° **68**); p. 5-9 (n° **69**).

le droit de cette seule nature, au moyen d'une investigation proprement scientifique, où la croyance n'interviendrait que pour compléter la connaissance[1], mais qui laisserait délibérément de côté les procédés purement volontaires, comme ne pouvant que troubler et obscurcir ce qui doit rester œuvre d'intelligence et de raison pure? En d'autres termes, et plus simplement, pourquoi la science ne constituerait-elle pas, à l'exclusion de la technique, toute l'élaboration juridique?

Il y a là une vue assurément fort séduisante. Et, j'avoue qu'elle représentait, à peu près, pour moi, l'idéal essentiel à poursuivre, alors que je commençais à considérer, d'un œil critique, la méthode d'interprétation et les sources du droit privé positif[2]. — Ayant reconnu l'excès des fictions, dont on enveloppait, jusqu'à l'étouffer, le principe même de la justice, ayant constaté la vanité, l'inutilité, parfois la nuisance, des artifices, complexes et variés, au moyen desquels, notre interprétation, alors courante, prétendait, de façon peu réfléchie et presque servilement routinière, résoudre les conflits d'intérêts, qui forment le fond des problèmes du droit, ayant relevé surtout l'importance, démesurée, et quasi absurde, qu'on s'accordait à attribuer à la parole humaine, formulant les injonctions sociales sous le vêtement de la loi écrite, dont on faisait le criterium, à la fois nécessaire et suffisant, de tout droit positif, j'inclinais à penser que le progrès décisif, en cette matière, consisterait à écarter ou à réduire, autant que possible, tout l'attirail de ces moyens de fortune, bons à nous illusionner plutôt qu'à nous diriger vers la vérité, pour considérer celle-ci bien en face et lui demander son secret à elle-même, sans l'adjuvant du « factice » et du « truqué »[3].

---

1. Voy. les références portées en la note qui précède, et, ci-dessus, Préface du t. IV de *Science et technique*, p. IV, note 2.

2. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re édition, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1899.

3. C'est ce qui a été fortement mis en relief dans la Préface, dont

— Et, puisque le sentiment moral de la justice, d'une part, la considération pratique de l'utilité, d'autre part, représentent les éléments fonciers de l'ordre social à réaliser par le droit, il me semblait que les solutions, directement puisées à l'une de ces sources, véritablement intimes, des règles de droit, se recommandaient, *a priori*, comme les meilleures et les plus désirables. — Placé en face d'un problème quelconque du droit positif, il fallait, pensais-je alors, scruter, avant tout, sinon même exclusivement, les raisons de justice ou d'utilité dont il dépendait, principalement en vue de déterminer l'équilibre des intérêts en présence, et laisser à l'arrière-plan toutes les constructions et conceptions dont on prétendait l'entourer, réserve faite seulement de l'autorité incontestable des sources formelles, et, au premier rang, de la loi écrite, qu'encore devait-on restreindre à son objet, strictement visé par la volonté législative, sans chercher à la développer au moyen d'une interprétation forcée ou tendancieuse, qui nous eût fait retomber dans l'écueil de l'artifice. — Ainsi, étais-je arrivé à prôner une « libre recherche scientifique »[1], qui m'apparaissait comme le but suprême de toute méthode de jurisprudence progressive[2].

Depuis lors [3], une considération plus attentive de la

R. Saleilles a bien voulu honorer l'ouvrage cité à la note précédente, p. I-XIII.

1. Voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd., Paris. 1899, nos **155-176**, p. 457-552.

2. Rappr. quelques observations intéressantes de J. van Bervliet, à propos du règlement du passif héréditaire en cas de pluralité d'héritiers, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1912, t. XI, p. 219-222.

3. Le germe de ces nouvelles idées se rencontrait déjà dans Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 1re éd., 1899; voy., surtout : no **158**, p. 464-468. *Adde* : p. 130-132 (no **68**); p. 133 (no **69**); p. 153 (no **75**); p. 167-168 (no **80**), p. 169 et 171-172 (no **81**); p. 582 (no **183**); p. 589-590 (no **186**); p. 591 (no **187**). — Ce germe a été successivement mûri et développé par : Fr. Geny (*La technique législative dans la codification civile moderne*), dans : *Le Code civil, 1804-1904. Livre du cente-*

technique juridique, de la multiplicité et de la souplesse de ses procédés, de son importance pour la mise en œuvre pratique du droit, des règles auxquelles il est possible de l'assujettir, m'a amené, tout en maintenant mes premières positions, à titre de principe ferme et d'idéal établi, à les compléter et modifier, en quelque mesure, par des observations, qui se peuvent résumer comme il suit [1].

D'une part, les résultats de la « libre recherche scientifique » requièrent, parfois, et fort souvent, à vrai dire, pour pénétrer dans la vie pratique, le secours de moyens techniques, qui, seuls, consolideront les données, un peu vagues, issues de l'investigation menée par la conscience, de façon à les rendre susceptibles de régir efficacement la conduite des hommes. — Ainsi, une fois reconnue la nécessité de certaines *qualités* pour définir la situation juridique des hommes ou des choses, si ces qualités sont, en elles-mêmes, insaisissables à la préhension de l'esprit, il sera souvent indispensable de les transformer en des *quantités* fixes, qui les individualisent, pour les faire entrer dans les règles [2]. De même, et puisque notre nature a besoin d'une représentation plastique, à l'effet de consolider ou de stabiliser des phénomènes de la vie sociale, de soi précaires ou passagers, il s'ensuit que la forme entre, comme élément essentiel, en quelques-unes des règles juridiques, qui ne pourraient, autrement, trouver leur

---

naire, Paris, 1904, t. II, p. 989-1038 et (*Les procédés d'élaboration du droit civil*), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1910, p. 173-196. — Soumis à l'épreuve de l'expérience par les applications concrètes, auxquelles en donnaient l'occasion *Les droits sur les lettres missives* (1911), il s'est manifesté en diverses additions de la 2e édition de *Méthode d'interprétation*, 2 vol., 1919. — Il s'épanouit dans le présent ouvrage.

1. Comp., pour d'autres atténuations proposées au principe de « la libre recherche scientifique » : L. Hugueney, *Rapport sur les concours de licence et de doctorat de la Faculté de droit de Dijon pour l'année scolaire 1908-1909 ;* broch. univers., Dijon, 1909, p. 30, p. 33.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, n° 197, p. 59-69.

fonctionnement pratique[1]. Il est bien certain aussi, que l'on ne conçoit pas de mise à effet des préceptes, sans les revêtir des signes linguistiques, qui, seuls, les rendent objets de communication entre les hommes[2]. Il est même impossible de formuler des directions obligatoires de conduite, si l'on ne ramène préalablement à quelques concepts les réalités, morales ou économiques, qu'on découvre à leur base[3]. Mieux encore, les sources formelles du droit positif, voire la plus caractéristique d'entre elles, la loi écrite, constituent un moyen, en bien des cas, inéluctable, de la précision des règles[4]. — Bref, un minimum d'artifice, représentant comme la portion irréductible de la technique, se montre indispensable, pour adapter à la vie pratique le résultat le plus clair des données dégagées par la science. Et, dans cette mesure, l'élaboration scientifique du droit se double nécessairement d'une élaboration technique, sans laquelle elle ne serait pas achevée, elle n'atteindrait pas pleinement son but. — Cette constatation n'a rien d'étrange, puisque, comme on l'a remarqué plus haut[5], toutes les règles de droit ont leur source dernière dans la raison, qui implique certain complément de l'intelligence par la volonté. Savoir quand il en est ainsi dépend du caractère même des données, dont quelques-unes ne s'achèvent que dans une construction, à défaut de laquelle elles se réduiraient à un vain desideratum. Quoi qu'il en soit, il y a, de ce chef, une emprise *inévitable* de la technique sur la science. Et, de ce premier

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, n^os^ **203-206**, p. 96-122.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, n° **255**, p. 454-458; p. 463-464 (n° **257**); p. 466-469 (n° **258**).

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, p. 192-194 (n° **218**). — Souvent, d'ailleurs, le concept, ainsi compris, fait partie du « donné ». Voy. ci-dessus, n° **274**, p. 17-22.

4. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 83-85 (n° **199**). — *Adde* : ci-après, p. 39-45 (n° **278**).

5. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 12-13 (n° **272**).

point de vue, déjà, se manifeste l'utopie d'un système, qui négligerait de faire entrer quelques éléments artificiels dans les conditions constitutives d'une sérieuse élaboration pratique du droit positif.

Mais il faut aller plus loin. Alors même qu'elle n'est pas *indispensable* à la mise en œuvre totale d'une élaboration juridique fondée sur le « donné », la technique offre souvent une *grande utilité* pour le plein développement et l'exacte application du droit. Combien de règles resteraient imparfaites et inégales à leur fin, sans l'appui des moyens techniques, destinés à assurer toute leur valeur. A supposer des préceptes, qui, à la rigueur, pussent passer dans la vie sous leur aspect originaire, combien souvent, néanmoins, la substitution du quantitatif au qualitatif, l'emploi des formes plastiques, le revêtement des concepts et l'enveloppement des procédés du langage, — sans parler de l'injonction des sources formelles, — ne viennent pas leur garantir la cohérence et la fermeté, seules capables d'achever leur pleine adaptation au but? Et, plus encore, l'élimination artificielle de conditions fondamentales des règles, la création de catégories, l'établissement de fictions ou de présomptions de droit, n'ont de raison d'être, que pour mieux procurer, par des artifices non absolument nécessaires mais franchement utiles et précieux, une satisfaction adéquate aux desiderata les plus affinés de la justice[1].

Les explications, précédemment fournies sur la plupart de ces moyens, ont, par avance, justifié ces assertions[2]. —

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, chapitres troisième (XVII) — neuvième (XXIII), n^os **192-268**, p. 45-522, *passim*.

2. Voy. les références de la note qui précède. — Pour n'ajouter qu'un exemple, emprunté à un maître d'autrefois, qui montre, au mieux, dans un cas tout particulier de l'interprétation du droit civil, l'utilité d'une technique avisée, pour une judicieuse mise en œuvre des principes, je citerai l'opuscule, aux vues si ingénieuses et si fines, d'A. Valette, *De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privi-*

Deux points restent seulement, qui me paraissent mériter quelque insistance et des éclaircissements complémentaires.

277. — II. Parmi les moyens techniques de l'élaboration du droit, il en est, dont le mérite donne lieu à un doute, tout spécialement sérieux, et qui, par les illusions, où ils risquent souvent d'entraîner l'interprétation, paraissent offrir plus de dangers que d'avantages : j'entends dire les procédés intellectuels, issus de la représentation par concepts, qui se traduisent dans les constructions de l'esprit, basées sur la transformation des réalités juridiques en idées pures [1], se combinent parfois avec les catégories pour y enfermer de force certaines institutions [2], dominent directement les expressions verbales ou les formules linguistiques [3] et aboutissent, en une sorte de paroxysme, aux présomptions irréfragables (*juris et de jure*) [4], voire même aux pures fictions de droit [5].

Un des buts, les plus constants, de mes travaux de méthodologie juridique, a été d'attirer l'attention sur ces procédés, de signaler l'ambiguïté et la complexité de leur nature, de faire entrevoir les difficultés qu'ils soulèvent, de mettre en garde contre les périls qu'ils recèlent [6].

---

lèges sur les immeubles (3e éd., 1843), reproduit dans *Mélanges* publiés par F. Herold et Ch. Lyon-Caen, Paris, 1880, t. I, p. 37-122.

1. Voy. notamment Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, n° **218**, p. 191-196.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 205-206 (n° **221**) et p. 208 (n° **222**).

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 448-449 (n° **254**); p. 454-455 et p. 457-458 (n° **255**); p. 465-467 (n° **258**).

4. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 298-300 (n° **234**); p. 347-350 (n° **238**).

5. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, nos **240-253**, p. 360-447.

6. Voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd., 1899; 2e éd., 1919, nos **22-25**; **60-82**; **158**. — *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, Dijon, 1901,

Dès que le concept excède la traduction adéquate de la réalité, il échappe à la sphère du « donné » ; il ne peut plus valoir que comme élément de « construction ». Mais encore, à ce titre, semble-t-il particulièrement équivoque et sujet à critique, par cela que, livré aux fantaisies de l'imagination créatrice, il permet d'influer sur l'objectivité essentielle de la justice par les excès du subjectivisme le plus débridé, et qu'il ne rencontre, en lui-même, aucun frein à son élan, ni, surtout, aucun critère décisif de sa valeur. Aussi bien, constate-t-on que tel concept juridique, sous les divers aspects où il se présente, peut aisément être tenu en échec, voire renversé, par un concept tout différent, sans qu'aucun signe intrinsèque certain se présente pour faire préférer l'un à l'autre [1].

Pourtant, on ne saurait méconnaître qu'il y ait, en ces créations de l'esprit, le principe d'un agent technique précieux. L'expérience l'atteste, puisqu'elle nous montre tant de solutions fécondes, issues de pures « constructions de droit » [2]. Il faut donc admettre, — fût-ce en vertu

---

p. 10. — *Les droits sur les lettres missives*, Paris, Recueil Sirey, 1911, *passim*, notamment (Avant-propos), p. X, p. XII-XIII, p. XIV-XV, et t. II (Conclusions), p. 418-419 (n° **323**); p. 421-423 (n° **325**). — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, n^os^ **35-67**, p. 101-211; t. III, juin 1921, n^os^ **214-253**, p. 175-447. — (Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 813-815 (n° **17**), ou ci-après. Ire étude complémentaire.

1. Ainsi, le concept de « stipulation pour autrui » et celui de « délégation » apparaissent comme « interchangeables », en bien des cas, par exemple en matière de transport d'obligation. — Rappr. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9e éd., t. II, 1923, n^os^ **558-561**, p. 188-189.

2. Les constructions ingénieuses abondent dans le *Traité élémentaire de droit civil* de M. Planiol. Elles lui ont permis notamment de renouveler les théories des sources des obligations (t. II, n^os^ **805-834** ; et : *Classification des sources des obligations*, dans *Revue crit. de lég. et de jur.*, 1904, N. S., t. XXXIII, p. 224-237), de la faute considérée comme principe de responsabilité (t. II, n^os^ **862-931** *bis*; et : *Du fondement de la responsabilité*, dans *Revue crit. de lég. et de jur.*, 1905, N. S., t. XXXIV, p. 277-292. *Adde : Responsabilité du fait des choses*,

d'une sorte d'harmonie préétablie, — que, même dans son activité la plus autonome, l'intelligence humaine contribue, pour sa large part, à l'élaboration du droit positif[1]. — Mais, comme aucune loi, psychologique ni logique, ne peut ici nous fixer les conditions et la mesure de sa valeur, nous apprécierons celle-ci, d'après les « données », scientifiquement reconnues, de l'organisation juridique, et n'accepterons les solutions, incluses dans les conceptions et constructions de l'esprit, qu'en tant qu'elles correspondent aux exigences combinées de la justice et de l'utilité sociale [2]. C'est dire, en d'autres termes, que le mérite technique des procédés intellectuels ne consiste qu'à *suggérer*, par la vigueur, la fécondité et la souplesse de l'esprit, des solutions, s'insérant logiquement dans l'organisme général du droit, mais dont le mérite effectif dépende exclusivement de leur accord avec les données fondamentales du juste objectif.

C'est ce que j'avais déjà pressenti et annoncé, en 1899, quand je proposais de voir, dans les concepts juridiques, des idées-forces, permettant de tirer des institutions du droit des effets inaperçus [3] et de considérer les constructions, édifiées par leur moyen, comme « de simples *hypothèses*, toujours dominées par les faits, acceptables

---

même revue, 1906, N. S., t. XXXV, p. 80-99), de la classification des contrats (t. II, n° **1352** *bis*; et : *Classification synthétique des contrats*, dans *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1904, N. S., t. XXXIII, p. 470-490); sans parler de vues intéressantes, qu'il a projetées sur les droits réels et les droits de créance (t. I, n^os^ **2153-2166**), sur la propriété collective chez les personnes morales (t. I, n^os^ **3005-3057**), sur la rétroactivité des lois (t. I, n^os^ **233-263**), sur les nullités (t. I, n^os^ **326-349**), et sur tant d'autres points.

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, n° **214**, p. 175-178; n^os^ **218-221**, p. 191-206.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, n^os^ **222-223**, p. 206-211.

3. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd., Paris, 1899, p. 130 (n° **68**); comp. 2e éd., 1919, t. I, p. 145-146 (n° **68**).

dans la mesure seulement, où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence, prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie, au besoin, même, à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait »[1].

Ma réflexion, appliquée continûment au même problème, n'a pu, depuis lors, que me confirmer dans ces vues. Mais j'ose dire, aujourd'hui, qu'en envisageant de plus près certains concepts, en examinant de façon serrée leur adaptation à la vie juridique, en constatant leur utilité pour la cohérence et la fécondité même de nos théories en vue de l'idéal de justice[2], je suis arrivé, en outre, à reconnaître, que, si ces échafaudages intellectuels ne sont pas, en soi, indispensables pour l'obtention des solutions désirables, si même il reste vrai que celles-ci seront d'autant plus solides qu'elles dépendront moins des artifices de pensée[3], les moyens logiques manifestent parfois un précieux secours pour l'obtention complète des fins ultimes du droit[4]. Dans cette mesure,

---

1. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 1re éd., 1899, p. 131 (n° **68**); 2e éd., 1919, t. I, p. 146. *Adde* : 1re éd., p. 168 (n° **80**), p. 172 (n° **81**), p. 466-468 (n° **158**); p. 582 (n° **183**), p. 589 (n° **186**) et les passages correspondants de la 2e édition, t. I, p. 185-186, p. 192; t. II, p. 85-87, p. 223, p. 232. — *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 196-197 (n° **219**). — Comp. P. Bourget (Le sens de la mort) dans *Revue des Deux-Mondes*, numéro du 1er août 1915. Sixième période, t. XXVIII, p. 484 : « La science, en dernière analyse, n'est qu'une hypothèse, dont nous éprouvons la valeur par le contrôle de la réalité ». — Rappr. encore, sur le rôle des hypothèses dans les sciences : P. Duhem, *La science allemande*, Paris, A. Hermann et fils, 1915, *passim*.

2. Voy. notamment, Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, nos **224-227**, p. 212-257.

3. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 1re éd., 1899, p. 467 (n° **158**); 2e éd., 1919, t. II, p. 86.

4. Voy. encore, à l'appui de cette idée : Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, Recueil Sirey, 1911, t. I, nos **26-29**, p. 39-55; nos **64-66**, p. 172-177; nos **70-76**, p. 183-202; nos **87-89**, p. 224-233; nos **116-130**, p. 300-331; n° **135**, p. 341-345; t. II, nos **184-186**, p. 104-107; nos **323-325**, p. 417-423.

donc, et sous les réserves signalées plus haut, ils interviendront légitimement, à titre d'instruments techniques, pour assurer une réalisation plus pleine, plus commode, plus rapide, plus parfaite enfin[1], des données de l'organisation juridique positive [2].

278. — III. Par leur nature, les sources formelles du droit positif figurent entre les éléments techniques, qui, confirmant des données, toujours quelque peu incertaines, flottantes ou équivoques, leur assignent, en traits incontestables, l'estampille propre à en faire de solides attaches pour les blocs mouvants des règles du droit[3]. — Et, au premier rang de ces sources, la loi écrite, se présentant directement comme l'expression, arrêtée et fixée, en forme autoritative, de la règle elle-même, assure à celle-ci une fermeté et une stabilité, qui traduisent, au mieux, l'idéal de précision, requis par le but suprême de l'ordre juridique. Aussi bien, la loi écrite se présente-t-elle aujourd'hui comme le moyen le plus parfait de faire passer, dans la vie pratique de l'humanité, les postulats, que la justice et l'utilité nous laissent entrevoir à la base des institutions sociales [4].

De là, a pu surgir l'idée, subsistant à l'état latent chez nombre de jurisconsultes contemporains, que le droit positif moderne se confond avec la loi écrite[5]. — D'autres

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, n° **189**, p. 36-39.

2. Comp. Fr. Geny (Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit), dans *Revue trim. de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 814-815 (n° **17**), ou ci-après, Ire étude complémentaire.

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, p. 81-83 (n° **199**). *Adde :* p. 83-89 (nos **199-200**) et Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, nos **91-154** ; 1re éd., 1899, p. 205-456 ; 2e éd., 1919, t. I, p. 237-446 ; t. II, p. 1-73.

4. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, n° **92** : 1re éd., 1899, p. 208-210 ; 2e éd., 1919, t. II, p. 240-242. — Rappr. *Science et technique*, t. III, juin 1921, n° **201**, p. 89-93.

5. Il semble que, pour beaucoup, la loi ou le règlement écrits soient

veulent, du moins, trouver, dans la loi écrite, le germe des décisions, qui doivent exprimer concrètement le droit vivant. Et, en présence de l'insuffisance, parfois manifeste, des textes, à subvenir directement à tous les besoins de la vie juridique, certains ont pensé qu'on devait, en plaçant la loi sous la notion d'évolution ou la forçant par voie d'interprétation, y voir une matière susceptible de s'adapter elle-même aux exigences d'une application pleine du droit[1].

J'écarte, pour ma part, ces conceptions téméraires, dont le moindre danger n'est pas de priver la loi écrite des qualités foncières, qui en font toute la valeur. Et, maintenant à celle-ci sa ferme rigidité, issue de son caractère intrinsèque [2], je reconnais que, si elle contribue à perfectionner l'organisation juridique, elle ne saurait la constituer tout entière, je constate que, par la limitation nécessaire de sa portée, elle laisse place, même dans l'ordre actuel des choses, à des sources complémentaires, voire, à défaut d'une coutume encore plus bornée dans son extension, à tous les moyens, par lesquels le jurisconsulte doit pourvoir aux nécessités de la vie sociale; d'où, je conclus qu'elle ne saurait supprimer la libre recherche

---

le signe du « juridique », au sens propre et techniqne du mot. Voy. notamment : A. Esmein (La jurisprudence et la doctrine), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 5. — *Adde :* A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, Paris, Recueil Sirey, 1921, t. I, p. 34-35 (La distinction du droit constitutionnel et de la sociologie).

1. C'est, notamment, l'opinion présentée avec tant de séduction par R. Saleilles. Voy. les passages cités par Fr. Geny (La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles), dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 19-20 (n° **5**), p. 49-50 (n° **13**). *Adde :* p. 52-54 (n° **14**). — Voy. aussi G. Davy (*A propos de l'évolution de la pensée juridique contemporaine*), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1921, t. XXVIII, p. 49-75, *passim*.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1821, p. 86-87 (n° **200** α).

scientifique, avec l'élaboration technique qui la complète[1].

Reste à savoir, pourtant, si la loi écrite n'est pas, quelquefois, partie intégrante et nécessaire de cette élaboration technique, de telle sorte, qu'en certaines matières du droit, le jurisconsulte devrait, à défaut de texte légal ou réglementaire[2], décliner toute décision juridique et se reconnaître impuissant à lutter contre une absence de règles, qui conduirait fatalement à laisser pleine souveraineté au principe général de la liberté ou de l'indépendance des hommes dans leurs rapports réciproques[3].

J'ai effleuré jadis ce problème, quand je cherchais à préciser le rôle et les limites de la « libre recherche scientifique », dans l'ensemble de l'interprétation du droit privé positif[4]. — Mais, à ce moment, encore sous l'influence des idées traditionnelles, je considérais la recherche indépendante du droit comme subordonnée, ou, du moins, subsidiaire à l'application, proprement dite, de la loi écrite. Et, je me demandais, seulement, dans quelle mesure celle-ci l'écartait absolument, en ce sens

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, nos **155-176** et **176** *bis;* 1re éd., 1899, p. 457-552; 2e éd., 1919, t. II, p. 74-190.

2. Un autre problème se pose, qui n'est pas sans analogie et attache avec celui-ci, savoir quelle frontière de compétence peut être fixée entre le champ de la loi proprement dite et celui du règlement. Voy. là-dessus, entre autres : F. Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, Fontemoing, 1902, nos **128-137**, p. 205-220. — G. Cahen, *Le Gouvernement législateur. La loi et le règlement*, thèse de doct. Droit, Paris, 1902-*1903*, p. 227-358, surtout p. 265-296. — *Adde*, pour une étude plus fouillée de la question : L. Rolland (Le projet du 17 janvier et la question des « décrets-lois »), dans *Revue du droit public*, 1924, t. XLI, p. 46-55.

3. Sur ce principe, voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. I, p. 194 et p. 196-197 (no **81** *bis*, qui ne se trouve que dans la 2e edition).

4. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1re éd., 1899, p. 521-522; 2e éd., 1919, t. II, p. 147-148 (no **169**, *in fine*).

qu'elle pût seule régir certaines matières, que leur nature fît échapper à la libre appréciation du juriste[1]. — Actuellement, ma position se trouve quelque peu changée, du fait que, le jurisconsulte ayant en principe, à mes yeux, pleine liberté de reconnaître le droit positif au milieu des éléments du « donné », la loi écrite ne joue plus que le rôle d'un moyen technique[2]; et il s'agit ici de savoir, dans quels cas ce moyen, au lieu d'être un simple adjuvant, se montrerait indispensable, au point que son absence écartât toute réglementation juridique de la matière considérée.

A la rigueur, pourrait-on dire, pareils cas n'existent pas. La recherche indépendante peut s'exercer sur tous objets et dégager toutes sortes de règles juridiques. Pourquoi le jurisconsulte ne réglementerait-il pas, par voie de décision particulière, les hypothèses, quelles qu'elles soient, qui se présentent à lui, aussi bien que le législateur porte d'avance, sur matières quelconques, ses préceptes, sous une forme générale? — Quand on y réfléchit pourtant, il semble bien impossible de maintenir cette position jusqu'à ses conséquences extrêmes. Admettrait-on, par exemple, que l'interprète (par exemple le juge) pût établir, de son chef, un délai de forclusion, qui ne se trouverait annoncé qu'après coup aux intéressés? ou encore qu'il s'avisât de créer et d'appliquer un impôt nouveau, sous prétexte d'une meilleure formule de science financière? Il est donc, en notre état de civilisation, des règles de droit, qui postulent l'estampille d'une formule légale. Et, cette exigence, dont nous avons en nous aujourd'hui le sentiment profond, se peut rattacher au

1. Cela résulte du plan même, que j'ai suivi dans le développement de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Voy. notamment la troisième partie : Esquisse d'un plan de reconstitution de la méthode et d'une théorie des sources.

2. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, p. 83-84 et p. 84-85 (n° 199).

« principe de légalité », qui domine l'organisation publique moderne, basée sur le régime, à nos yeux, inéluctable, de l' « État de droit »[1].

Mais, quand on veut préciser cette exigence, les difficultés se présentent, et il n'apparaît pas qu'on puisse, au moyen d'un criterium unique et simple, isoler et définir, de façon pleinement satisfaisante, les règles dont il s'agit. Ici, plus qu'ailleurs, on ne peut procéder que par approximation, en s'essayant au moyen de tâtonnements, en variant et en multipliant les sondages. — Il est clair, au surplus, que le problème change d'aspect avec le temps et suivant les pays, qu'il ne comporterait pas exactement les mêmes solutions, à une époque de civilisation rudimentaire ou à une période plus avancée, dans un système constitutionnel, qui fait les lois rares, ou dans celui, qui les multiplie comme à plaisir. — Il faut considérer aussi, qu'à côté de la loi écrite, nous avons une autre source formelle, la coutume[2], et que celle-ci, préparée souvent par l'effort de la recherche scientifique, assure aux préceptes, qu'elle consacre, une fermeté, qui, sans valoir celle de la loi, s'en rapproche et peut parfois la suppléer. Il en résulte, que, pour développer, dans son entier, notre problème, il faudrait se demander, d'abord, quelles règles de droit exigent la consécration d'une source formelle, coutume ou loi, puis, parmi ces règles, lesquelles ont besoin spécialement d'un texte écrit. — L'importance, très relative, qui appartient aujourd'hui à la coutume[3], nous permettra, afin de simplifier l'exposé, de négliger la

---

1. Sur le « principe de légalité », cons. notamment : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, Paris, de Boccard, 1923, p. 681-684 (§ **99**). *Adde* : p. 684-735 (§§ **99-100**) et t. II, 1922, p. 152-154 (§ **16**).

2. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, nos **109-137** ; 1re éd., 1899, p. 276-392 ; 2e éd., 1919, t. I, p. 317-446. — *Science et technique*, t. III, juin 1921, p. 82-83 (no **199**) et p. 87-89 (no **200** β et γ).

3. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, p. 318 (no **109**) et no **111**, p. 324-329.

première partie du problème, sauf à en rappeler, *transeundo*, l'influence sur la solution de la seconde. Ne considérant donc que la source formelle typique, la loi écrite, et la plaçant en face de la libre recherche appliquée au « donné » de l'organisation juridique, nous voulons savoir, en l'état actuel de la civilisation et du droit positif, dans quelle mesure la loi écrite vient faire brèche sur cette « libre recherche », de façon à en limiter l'action.

Le principe, dont nous partons, est celui de la pleine latitude laissée au champ de la « recherche scientifique ». *A priori*, rien ne peut brider une élaboration, qui, s'attaquant aux données mêmes de l'organisation juridique, prétend y découvrir le nœud essentiel de tous les problèmes du droit. — Ce principe posé, il s'agit seulement d'y relever les exceptions, qui, dans l'état actuel de la civilisation et du droit, introduisent la nécessité d'une loi écrite, pour formuler la règle devant s'imposer à tous, et de constater également, à propos de chacune d'elles, ce qui résulte de ses exigences, pour se traduire dans la conséquence du défaut, pour les cas qu'elle embrasse, d'un texte légal reconnu nécessaire. La liste de ces exceptions, qui dépendent étroitement des conditions sociales et constitutionnelles, ne saurait être exhaustive. Elle demeure susceptible de se modifier et de s'assouplir, surtout de s'allonger, avec le temps. Elle ne peut donc être offerte ici qu'à titre simplement indicatif, sans prétendre à une plénitude ni à une précision, que je juge, pour le moment, au-dessus de mes forces [1].

Sous ces réserves, je crois pouvoir signaler, qu'une loi

---

1. On pourra rapprocher, des développements qui vont suivre, l'effort fait, pour limiter l'influence, nécessaire en certaines matières, de la loi, par Th. Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2 A.). I. Methoden-und-Quellenlehre, Leipzig, 1912, p. 151-152 (§ **13**, n° 1). — Voy. des idées, encore plus vagues, dans R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1920, n° **248**, p. 747-749.

écrite (ou, tout au moins, une coutume nettement caractérisée) apparaît aujourd'hui nécessaire, pour formuler une règle de droit, qui échappe par là même au cercle de la « libre recherche » du jurisconsulte, dans les cas suivants :

1° Incontestablement, d'abord, toutes les fois qu'on est en présence de dispositions écrites, voire même coutumières, constituant, sur quelque point, un droit positif nettement établi. Prétendre alors statuer, à l'encontre de ce droit établi, par voie de recherche indépendante, serait contredire l'effet de sources de droit, qui, par définition, s'imposent à tous. Il y a, ici, ce que j'ai appelé naguère un « donné historique » [1], lequel, en tant qu'il provient de sources formelles, exige, comme tel, reconnaissance et respect absolus [2]. Toute tentative d'y faire échec, autrement que par le moyen d'une source équivalente, soit, normalement, d'une loi écrite, est, *a priori*, inopérante et laisse subsister, purement et simplement, la disposition même, contre laquelle elle s'élève [3].

2° Il en sera de même, bien qu'à un moindre degré d'évidence, en face d'un principe général, qui, sans être consacré par un texte positif, résulte de l'ensemble de notre organisation juridique contemporaine : principe de la liberté ou de l'autonomie privées; principe général de la capacité des personnes; principe de l'égalité entre ceux dont la situation est identique, notamment entre créanciers

---

1. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1915, n° **168**, p. 376-379.

2. Rappr., toutefois, ci-après, le chapitre cinquième (XXVIII), Conflit du droit naturel et de la loi positive.

3. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 1re éd., 1899, p. 521, note 4; 2e éd., 1919, t. II, p. 147, note 2 (n° **169**). — Voy., comme signes de l'opinion acquise en ce sens : Trib. corr. Seine, 29 juillet 1909, puis, sur appel, Paris, 27 octobre 1910 (à propos de l'illicéité d'un syndicat des fonctionnaires des P. T. T.), et surtout la note J. Bonnecase, *initio* et *in fine*, *Sirey*, 1916-2, p. 97 à 99, particulièrement, *in fine*, p. 99, col. 2-3.

d'un même débiteur non pourvus de sûretés particulières [1]. — C'est ainsi, qu'on ne saurait admettre l'interprétation indépendante des jurisconsultes, à restreindre arbitrairement la liberté des individus, par exemple en créant un séquestre pour les débiteurs en déconfiture [2], ou à reconnaître une incapacité purement artificielle non fondée sur la nature des choses, à consacrer des cas de rescision pour lésion entre majeurs contrairement à l'article 1118 du Code civil et, en dehors des exceptions résultant de textes spéciaux, à établir des privilèges entre créanciers s'ajoutant à ceux de la loi [3], peut-être même à tenir pour valables les clauses d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité, stipulées au-delà des termes des textes [4]. — De pareilles créations, réservées à la loi, laisseraient intact le droit commun, si elles émanaient de la libre recherche.

3° Le droit moderne exclut aussi de la sphère de l'interprétation libre la détermination des incriminations et des pénalités. *Nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege,*

---

1. Sur l'égalité, principe pratique, cons. M. Wolgemuth, *Des droits individuels et de leur garantie judiciaire, spécialement contre le pouvoir législatif*, thèse de doct. Droit, Paris, 1905-*1906*, p. 42-43.

2. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 1re éd., 1899, p. 521, note 4; 2e éd., 1919, t. II, p. 147, note 4 (n° **169**).

3. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 1re éd., 1899, p. 522; 2e éd., 1919, t. II, p. 148, texte et note 1 (n° **169**). — Ce principe a condamné — jusqu'à l'intervention de lois nouvelles (Voy. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, nos **2601-2603**, 9e éd., 1923, p. 819) — la tentative, si intéressante, de M. Labbé, en faveur de la reconnaissance, par voie d'interprétation, de privilèges sur les créances. Peut-être cependant, aurait-on pu se montrer plus favorable à cette thèse, en tenant compte de la large notion du privilège, donnée par l'article 2095 du Code civil français et en observant, qu'en dépit de la règle posée par les articles 2093 et 2094 du même Code civil, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre certaines applications du droit de rétention (qui constitue bien une cause de préférence entre créanciers) excédant les solutions précises des textes.

4. Voy., contre la validité des clauses d'inaliénabilité réelle des biens : A. Tissier, note sous Req. rej., 23 mars 1903, *Sirey*, 1904-1, p. 226, col. 3. — Il y a là, toutefois, un cas limite, sur la solution duquel on peut hésiter.

restent les formules infrangibles de notre organisation criminelle (art. 4 Code pénal de 1810). — A défaut de loi formelle, le juge doit acquitter le prévenu ou absoudre l'accusé. C'est qu'il y a, ici, un principe essentiel d'indépendance à préserver contre tout arbitraire.

4° Le même principe, envisagé sous un angle différent, aboutit à condamner toute ingérence de l'interprétation dans les questions fiscales, qui restent du domaine exclusif de la législation, en ce sens, du moins, que le juge ne peut établir des impôts, ni les augmenter. — *In dubio contra fiscum*, telle est la devise qui limitera nécessairement le rôle de l'interprète, chargé d'assurer à l'État ou à ses subdivisions le recouvrement des contributions publiques.

5° Une idée analogue, bien que moins nettement dégagée jusqu'alors, doit, ce me semble, réserver également au domaine de la législation écrite certaines matières d'ordre public, j'entends dominées par des considérations intéressant la constitution sociale, et qu'un organe de l'État a, seul, qualité pour apprécier [1]. Telles sont les questions de nationalité, et celles qui touchent l'organisation même de la famille : mariage et divorce; puissance paternelle et maritale; adoption; légitimation. — Assurément, il y a, dans tout cela, un départ, souvent délicat, à opérer. Mais, en tant que l'on discerne nettement des règles contribuant à la formation ou au maintien de l'ordre social, on admettra malaisément, dans les conceptions modernes, que, pour les établir, les juges se substituent au législateur. Et, toute tentative en ce sens restant inopérante, l'indépendance des hommes serait maintenue, à défaut d'un lien d'allégeance ou de parenté légalement constant [2].

---

1. Comp. P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, n° **189**, p. 314-316, qui exclut, en ces matières, l'interprétation par voie d'analogie, comme comportant une part d'appréciation personnelle. *Adde : ibid.*, n°s **190-191**, p. 316-322.

2. Rappr., en ce qui concerne la responsabilité, de certains risques, imposée aux administrations publiques : M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10e éd., Paris, Recueil Sirey, 1921, p. 391-2°.

6° D'un autre point de vue, l'intervention de la loi écrite se montre normalement indispensable, aujourd'hui, quand il s'agit d'une réglementation précise, qui, limitant les facultés naturelles des intéressés, doit être connue d'eux à l'avance, pour s'appliquer avec justice. C'est ainsi que les formes de procédure [1], de publicité [2], de preuve, et, d'une façon plus générale, la plupart des formes juridiques (notamment encore les formalités administratives) ne peuvent le plus souvent, du moins dans notre état de civilisation, être créées par l'interprète. Il y faut, tout au moins, une coutume autorisée, voire même, dans la plupart des cas, une loi écrite [3]. Faute de quoi, pas de formes exigibles et la liberté reste entière. — Il en faut dire autant, à plus forte raison, des délais de forclusion, de péremption, voire de simple prescription, qui ne seront admis et appliqués qu'au vu d'un texte [4].

---

1. Notamment, la purge des créances chirographaires et privilégiées pesant sur un navire paraît inadmissible, au cas d'aliénation de celui-ci, faute de texte. Voy. Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, 4e éd., t. VI, Paris, 1912, n° **1505**, p. 551-552. — G. Ripert, *Droit maritime* (Collection Thaller), 2e éd., t. I, Paris, A. Rousseau, 1922, n° **934**, p. 873-874. — On n'a même pas pu accepter la procédure de purge volontaire, telle que la proposait M. Labbé, pour le cas d'acquisition d'un immeuble sous condition résolutoire. Voy. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. IX, n° 169 *bis* XXVI-XXXV. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques*, n°s **2339-2346**.

2. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, Paris, 1906, p. 431 (n° **150**), observe que l'interprétation ne peut organiser un régime de publicité des associations.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, p. 118-121 (n° **206**).

4. C'est ainsi que le délai de 45 jours, établi par l'article 6, al. 2 de la loi du 23 mars 1855, pour la conservation du privilège du vendeur, en cas d'aliénation de l'immeuble grevé, n'a pu être étendu, en dehors du cas spécialement prévu par le texte, à une hypothèse particulièrement intéressante (faillite ou liquidation judiciaire de l'acquéreur avant la transcription ou l'inscription), et nonobstant l'autorité d'Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, § **278**, note 8, *in fine*, 5e éd., t. III. 1900, p. 589. — Voy. aussi, au sujet de délais pour réclamation en matière électorale, note M. Hauriou, *in fine*, sous Conseil d'État, 17 février 1911, *Sireg*, 1911-3, p. 154, col. 3.

7° En dehors même de ces cas, où les règles, bridant la liberté, ont besoin d'être annoncées d'une façon précise, que peut seule réaliser la loi écrite, il est bien des matières juridiques, requérant une précision de détail, que l'interprétation ne saurait fournir de façon adéquate. Il faut encore réserver ces matières à la loi. — C'est ainsi que les causes de suspension de la prescription sont, depuis le Code civil, devenues purement légales (art. 2251 C. civ. franç.) et que l'adage : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, lui-même, dans la mesure où il pourrait être conservé, exigerait, pour son application, une détermination basée sur la loi [1]. — De même, la précision des domiciles de droit, l'énumération des parents devant intervenir au mariage des mineurs, celle aussi des personnes appelées à faire partie d'un conseil de famille, d'autres règles encore, ne peuvent, sous réserve d'une certaine liberté d'appréciation laissée au juge [2], trouver leurs bases essentielles que dans la loi.

8° Le même résultat s'impose de plus fort, quand il s'agit de fixer un état de choses général, qui doit régir une situation, soit absolument, soit à défaut de dispositions volontaires différentes. — Dans l'état actuel de notre organisation sociale, les servitudes dites légales, la dévolution des successions *ab intestat*, la fixation de la réserve héréditaire, le régime matrimonial de droit commun, les gains légaux de survie entre époux, les cas de subrogation ou de compensation de droit ne peuvent être déterminés pratiquement que par la loi. Et, c'est pourquoi, on parle ici d'institutions légales, à défaut desquelles le juge resterait souvent désemparé, s'il lui fallait recher-

---

1. Voy. notamment : G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *Traité de droit civil. De la prescription*, 3e éd., Paris, 1905, nos **366-379**, nos **454-462**.

2. Comp., sur le pouvoir discrétionnaire du juge : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources*, 2e éd., 1919, no **176** *bis*, p. 182-190 (ne se trouve pas dans la 1re édition).

cher une coutume incertaine ou une tradition oblitérée.

Ces indications, qu'il serait aisé de développer encore, suffiront — si incomplètes soient-elles — à montrer les variétés et les difficultés du problème général, que nous avons agité à cette place. Toutes réserves faites sur les applications de détail extrêmement délicates, on aperçoit sans peine, qu'en bien des cas la libre recherche est impuissante à poser les règles de droit exigées par la plénitude intense de la vie [1]. Et, là même, où, autrefois, la coutume a pu suffire, la nécessité d'un texte précis apparaît souvent impérieuse aujourd'hui [2].

Il résulte de là que la loi écrite est, actuellement, un instrument indispensable à l'établissement du droit positif. Elle empiète, de plus en plus, sur le domaine de la libre recherche, qu'elle rétrécit [3]. En même temps, elle absorbe et supprime d'autres moyens techniques (tels que la coutume), qu'elle fait entrer dans sa formule impérative.

Malgré tout, il reste vrai, que le principe de la « libre recherche » subsiste en tête de l'organisation juridique positive et y subsistera toujours. Et, s'il a lui-même une base

---

1. De là un problème parfois angoissant : Comment faire, si le législateur a négligé d'intervenir en l'une de ces matières, où son intervention paraît nécessaire ? — Le principe général de liberté, auquel l'interprète se trouve réduit, ne résout pas toujours heureusement la difficulté. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 36, texte et note 3 avec les références. En réalité, la vie sociale peut alors souffrir fâcheusement de véritables « lacunes du droit positif ».

2. L'ancienne pratique des « arrêts de règlement » pouvait remédier, non sans avantage, à cette situation. Voy., notamment, R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 216-218.

3. Parfois, une légère modification du texte légal supprime nombre de difficultés, autrement insolubles. Je citerai, comme exemple, le dernier alinéa, ajouté à l'article 2148 nouveau du Code civil français (texte emprunté à l'art. 85 de la loi hypothécaire belge du 16 déc. 1851), qui vient trancher toutes les questions de nullité de forme des inscriptions hypothécaires, en consacrant le principe : « pas de nullité sans préjudice » (loi du 1er mars 1918, art. 1).

scientifique, il n'en doit pas moins, pour se développer à plein, utiliser des moyens techniques, parfois indépendants des sources formelles. C'est ce qui nous a permis d'admettre que l'interprétation est absolument qualifiée pour consacrer, à défaut même de textes, des présomptions de droit[1] et des fictions juridiques[2]. Plus généralement encore, elle s'appuiera sur tous les éléments de l'investigation des règles de droit.

Est-ce à dire qu'elle jouisse d'une égale liberté, soit qu'elle procède par les voies de la science, soit qu'elle emploie les moyens techniques? C'est un nouveau problème qu'il faut maintenant aborder.

---

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, n° **235**, p. 314-334. *Adde :* p. 339 (n° **237**).

2. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, n^{os} **248-250**, p. 420-434. *Adde :* n^{os} **251-252**, p. 434-445.

CHAPITRE TROISIÈME (XXVI).

POUVOIRS RELATIFS DE L'INTERPRÉTATION EN FACE DES ÉLÉMENTS, TANT SCIENTIFIQUES QUE TECHNIQUES, DE L'ÉLABORATION DU DROIT

SOMMAIRE. **279.** Position générale de l'interprète. — Comment son jugement sera guidé par la distinction du « donné » et du « construit ». — **280.** Cette distinction ne doit pas fixer brutalement les limites de l'interprétation. — **281.** La latitude de l'interprétation varie suivant les éléments qu'elle met en œuvre. — **282.** Application de ces idées dans le droit des obligations. — **283.** Influence des sources formelles, particulièrement de la loi écrite, sur la liberté de l'interprétation.

279. — La puissance, reconnue au législateur, est telle, dans sa souveraineté homogène, qu'elle le soustrait, en fait, à toute divergence d'évaluation des éléments distincts, contribuant à fixer ses décisions et ses préceptes. Sans doute, devra-t-il, en fixant ses injonctions, se sentir mû, avec une force inégale, par les observations issues du « donné » même de la vie sociale ou par les artifices de « construction », que lui suggère seulement son ingéniosité propre. Mais, qu'elles procèdent des unes ou des autres, les règles, qu'il établit, reçoivent de son autorité une consécration, qui les place également à l'abri de la discussion ultérieure et les impose désormais, *en elles-mêmes*, à l'observation de tous les sujets. Et, si leur origine fait, de ces préceptes mêmes, des éléments tech-

niques de caractère spécial[1], c'est précisément par ce qu'elle fond, comme en une entité nouvelle, et dominant par sa nature l'ensemble des règles juridiques, toutes les considérations variées, qui en justifient les dispositions.

Bien différente est la position de l'interprète, appelé à statuer sur les questions concrètes, que soulève la vie sociale, avec tous les moyens offerts à l'investigation juridique. Comme la valeur de ses décisions ne dépend pas tant de son autorité personnelle que des principes qui leur servent de bases, il n'est pas admissible qu'il se sente même latitude de jugement, en présence d'une nature des choses supérieure à son appréciation ou de ce que l'homme imagine et organise par l'effort de sa volonté propre. Ici donc, — qu'il s'agisse de l'application administrative, de l'interprétation judiciaire ou privée, — doit intervenir largement, pour guider un diagnostic toujours délicat, notre distinction du « donné » et du « construit », de la « science » et de la « technique ». Il s'agit, seulement, d'en reconnaître et d'en doser judicieusement l'influence.

280. — A cet égard, une idée simple, et, par là même, séduisante, se présente, d'abord, à l'esprit. Partant de la différence fondamentale de nature, que nous avons relevée entre les deux sortes d'éléments de l'élaboration du droit, ne pourrait-on pas caractériser leur action respective sur l'interprétation de la façon suivante? — Tout ce qui est véritablement « donné » s'imposerait à l'interprète, qui ne pourrait qu'en reconnaître et développer le contenu, suivant une procédure strictement scientifique, se réalisant par la connaissance, sans faire place à l'arbitre de la volonté. Sur les bases, ainsi objectivement posées, la libre appréciation s'exercerait, dans la « construction » juridique, proprement dite, par tous les procédés techni-

---

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, p. 82 (n° **199**). *Adde :* n^os **199-201**, p. 81-93.

ques, faisant appel aux énergies de la volonté. En ce dernier domaine, rien ne briderait les pouvoirs de l'interprète, qui y trouverait un vaste champ d'action, pour une mise en œuvre, judicieusement conduite, des principes issus de l'investigation scientifique. — Ainsi, ferait-on sa place légitime à l'indépendance du jugement individuel, sans l'abandonner à une fantaisie dangereuse : en même temps, se montrerait et se réaliserait, avec son plein relief, l'intérêt capital de la distinction entre la « science » et la « technique ».

A la réflexion, pourtant, il apparaît bien vite, que la séparation, ainsi présentée, est à arêtes trop vives, qu'elle force les choses pour les encadrer en un système rigide, qu'en réalité elle méconnaît la complexité et la souplesse d'éléments, qui, malgré la différence de leur nature, se rapprochent nécessairement dans leur mise en œuvre simultanée. — D'une part, en effet, tout ce que nous devons considérer comme « donné » n'est pas tellement nécessaire, strict, imposé, qu'il n'y ait qu'à le constater, comme on fait un phénomène naturel. Aussi bien, à côté du « donné réel »[1], qui, complété par le « donné historique »[2], s'élabore au moyen d'une procédure principalement scientifique, nous avons reconnu un « donné rationnel »[3], mieux encore un « donné idéal »[4], dont le diagnostic requiert l'emploi de facultés plus complexes que celles de l'intelligence pure. — D'autre part, et en sens inverse, les procédés « constructifs », si variés, par lesquels on obtient les solutions concrètes des multiples problèmes de la vie juridique[5], ne sont pas sans quelque fondement naturel, qui les soustrait aux caprices de la

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. II, Paris, octobre 1915, n° **167**, p. 371-376.
2. Fr. Geny, *Science et technique*, t. II, n° **168**, p. 376-379.
3. Fr. Geny, *Science et technique*, t. II, n° **169**, p. 380-384.
4. Fr. Geny, *Science et technique*, t. II, n° **170**, p. 384-389.
5. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921.

volonté, pour les laisser régis par des lois, que l'esprit seul doit discerner et analyser[1]. — Il faut donc examiner, de plus près, la puissance et les moyens de l'interprétation, pour déterminer quelle attitude lui convient, respectivement aux éléments divers, qui s'offrent à ses efforts.

281. — Étant admis, à titre de postulat, que l'interprétation du droit constitue une fonction spécifique de l'organisme social, appelée à mettre en œuvre, de façon autonome, certains principes, qui lui sont extérieurs[2], il est clair qu'elle doit, avant tout, constater ce qui est « donné » et en tirer les règles aptes à diriger la conduite des hommes, dans l'ordre juridique, en évitant, le plus possible, d'y mêler une appréciation subjective, qui risquerait d'altérer les éléments naturels et de diminuer leur efficacité en vue d'une contrainte sociale vraiment légitime. — Ceci, toutefois, ne se peut rigoureusement appliquer, qu'au regard de ce qui, dans les faits et circonstances offerts à l'investigation, tombe sous le coup d'une observation scientifique étroitement entendue. Et, comme, dans l'ordre moral et juridique, s'agissant de normes à imposer à des volontés libres, le fait brut ne peut que conditionner la règle, dont il forme en quelque sorte le cadre, sans en fixer positivement le contenu, d'autres éléments s'y mêlent nécessairement, attenants aux puissances actives de l'âme, pour suggérer la règle à suivre, bien qu'ils ne puissent lui assigner cette force brutalement contraignante, qui n'appartient qu'aux lois naturelles (et, de façon particulièrement évidente, aux lois physiques). — Il y a donc, ici, un « donné » complexe, qui, tout en

---

1. Comp., ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 12-13 (n° **272**). — *Adde* : *Science et technique*, t. III, juin 1921, p. 19-20 (n° **183**).

2. Comp. ci-dessus *Science et technique*, t. IV, p. 10-12 (n° **272**). — *Adde* : *Science et technique*, t. I, 1914, *passim*

dominant les décisions particulières, laisse à l'appréciation individuelle un certain champ, spécialement notable pour les éléments, rationnels et idéaux, qui complètent nécessairement les éléments, naturels et historiques, plus proches de la réalité pure. Toutefois, même dans le jeu de cette appréciation, la volonté reste mue par l'idée, qu'il s'agit moins d'informer les règles naturelles que de les reconnaître, pour en tirer des préceptes de conduite. En même temps, les solutions, issues de pareille élaboration, restent générales et imprécises, suffisantes, tout au plus, à diriger par la suite l'application du droit positif, incapables, en elles-mêmes, de saisir les détails concrets de la vie pour les régir efficacement jusqu'au bout. — Au total, si la liberté de l'interprétation apparaît, jusqu'alors, fortement bridée par les choses, ses résultats n'offrent guère plus qu'une préparation du rôle qui lui reste à remplir.

A partir de là, et si nous entrons dans le domaine de la « construction » juridique, largement comprise, la volonté va supplanter décidément l'intelligence et introduire, dans le système du droit positif, les agencements dus surtout à l'ingéniosité des juristes. Dès lors, la liberté de l'interprétation devient véritablement efficace et productive. Elle s'exercera sans autres entraves que celles provenant des directions, naturelles ou rationnelles, imposées par le premier effort. Et, comme il s'agit, désormais, d'adapter simplement les moyens à un but reconnu, sans autre criterium de valeur que la réussite de l'opération, l'interprétation aura d'autant mieux rempli sa mission, qu'elle aura procuré cette adaptation par des procédés plus simples, plus directs, plus rapides, plus économiques[1].

La liberté de l'interprétation, ainsi entendue d'une façon générale, se développe diversement suivant les

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, Paris, juin 1921, p. 36-38 (n° **189**).

moyens dont elle use. — Elle est particulièrement large, quand elle s'exerce par l'esprit, se représentant les choses au moyen de concepts, qu'il agence ensuite, pour en construire des types ou catégories, où il fait entrer les phénomènes de la vie sociale, qu'il convient de soumettre à des règles. Alors, en effet, rien ne bride l'effort personnel, tendant à organiser la conduite extérieure des hommes par le jeu de la pensée, que le désir d'atteindre, au mieux, le but idéal de l'organisation entreprise. C'est ainsi, que la représentation par concepts, sous ses multiples formes et involutions, nous est apparue comme un des procédés les plus aptes à faire progresser librement la jurisprudence, en vue de la conformer, de mieux en mieux, à son objet. Et, ce résultat s'obtient, par les modes et aux degrés les plus divers, depuis la représentation simplement analytique de la réalité, jusqu'aux présomptions et fictions, qui la simplifient ou la déforment de parti pris, en passant par ces conceptions irréelles, où l'essence des choses n'est traduite qu'en certains de ses traits soumis ensuite au bon plaisir de l'imagination créatrice [1]. — La puissance mystérieuse des mots et de leurs agencements en phrases intervient, en même temps, pour donner un corps à la pensée et lui permettre de développer encore son action, à la faveur d'un mécanisme, où l'initiative individuelle se combine ingénieusement avec l'influence dominatrice de la tradition [2]. — Dans ce vaste domaine, s'épanouit pleinement une liberté de recherche et d'action, qui révèle bien la fécondité possible de l'interprétation abandonnée à son essor propre [3].

Il n'en va plus tout à fait de même, s'il s'agit de découvrir et d'organiser les instruments plastiques, qui constituent comme le squelette matériel des institutions juri-

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, nos **207-253**, p. 123-447.
2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, nos **254-260**, p. 448-492.
3. Comp. encore Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, nos **261-267**, p. 493-519.

diques [1]. — Ici, sans doute, une jurisprudence primitive a dû créer librement les formes, jugées indispensables pour revêtir les volontés ou les faits, reconnus dignes de la sanction juridique. Mais, dans l'état actuel du droit positif, ces formes, accréditées par la coutume et consacrées par la loi, représentent comme un « donné historique », qu'une interprétation nouvelle doit, avant tout, respecter, sauf à les infléchir, grâce à quelques modifications de détail, suggérées par l'opportunité des cas, et qu'elle ne peut même compléter qu'exceptionnellement, l'action des sources formelles, particulièrement de la loi écrite, semblant alors la mieux apte à procurer la précision indispensable [2]. — Même, dans l'érection des catégories, qui supplantent volontiers les formes, en l'état du droit moderne, la loi écrite joue aujourd'hui un rôle prépondérant, bien que l'interprétation proprement dite puisse encore exercer une action plus sérieuse, appuyée sur l'autonomie de l'esprit, dont dépendent, en bonne part, ces cadres artificiels, destinés à assurer la régularité et l'harmonie des règles juridiques [3].

En définitive, on aperçoit que la liberté de l'interprétation varie, en fait, suivant la nature des procédés qu'elle met en œuvre, et que, si elle est extrêmement réduite en face du « donné », qui s'impose, ne laissant place qu'à l'exercice même du jugement, dirigé par la raison et attiré vers l'idéal, elle rencontre un champ d'application beaucoup plus vaste, dans l'usage des procédés techniques, de ceux, du moins, qui, reposant essentiellement sur l'activité de l'esprit, impliquent un large épanouissement de celui-ci, pour toutes les « constructions », faute desquelles le pur « donné » resterait stérile, et qui représentent, en

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, n° **202**, p. 94-96.
2. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, n^{os} **203-206**, p. 96-122; et ci-dessus, t. IV, p. 43 (n° **278-6°**).
3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, n^{os} **207-213**, p. 123-174.

quelque sorte, le mécanisme constamment en mouvement de la vie progressive du droit.

282. — Sans revenir sur les nombreuses applications, qui nous ont permis de constater, par avance, ces résultats[1], je puis ajouter qu'ils se vérifient, de façon saisissante, dans la vaste partie du droit privé, où ressort, au mieux, le jeu de la méthode juridique, le droit des obligations. — Il s'agit essentiellement, ici, de discerner comment se nouent et se dénouent, quels effets produisent, avec leurs complexes modalités, quels changements comportent, dans leurs éléments constitutifs, avec ou sans altération de leur substance fondamentale, ces liens nombreux, qui, au cours de la vie sociale, assujettissent les hommes, les uns envers les autres, à des prestations contredisant la liberté naturelle de chacun.

Dans ce domaine, — et mise à part l'influence des sources formelles[2], — l'interprète se trouve en présence d'un maigre fonds de données, s'imposant à son jugement et qu'il doive simplement reconnaître pour en déduire les conséquences. Tels sont, entre autres, les principes suivants : La rencontre de leurs volontés, à condition qu'elle se manifeste extérieurement (*propositum in mente retentum non operatur*), est toute puissante pour astreindre ou libérer les individus, en tout ce qui ne touche pas à un précepte supérieur d'ordre social. — Chacun répond, envers la victime, des conséquences préjudiciables de sa faute, sinon de son fait, du moment que le lien de causalité de celui-ci au dommage est nettement établi. — Nul ne peut rester enrichi sans cause aux dépens d'autrui et il y a lieu à indemnité pour corriger ce résultat, s'il s'est produit. — L'obligation, une fois née, assujettit le débiteur envers le créancier à tout ce qui en détermine la source et

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. I, II et III, *passim*.
2. Voy. ci-après, *Science et technique*, t. IV, n° **283**, p. 57-58.

engage sa responsabilité jusqu'à complète exécution. — L'exécution adéquate de l'engagement, ou une satisfaction loyalement équivalente, entraîne son extinction, qui résulterait aussi exceptionnellement d'une impossibilité fortuite d'exécution ou d'une inaction prolongée du créancier faisant présumer une libération régulière. — Des modalités nombreuses peuvent compliquer le contenu des obligations par le jeu variable des sources qui les créent. — En dégageant les déductions des règles de ce genre, l'interprète du droit ne fait œuvre que d'intelligence; il ne crée pas; il se borne à constater ce que lui dicte la nature des choses.

Mais celle-ci — même fécondée par le raisonnement — ne suffit pas à satisfaire les besoins juridiques. — Par exemple, des artifices de forme seront souvent nécessaires, pour fixer des volontés flottantes, pour en constater ou divulguer les manifestations passagères, plus généralement pour conserver le souvenir des faits créateurs ou extinctifs d'obligations. Ici, déjà, l'interprète verra son champ d'action s'agrandir, une place étant ouverte à sa libre initiative; toutefois, cette place est encore restreinte par les précisions légales ou coutumières, souvent indispensables à l'effet d'unifier et de préciser les formes[1]. — A défaut de celles-ci, les catégories interviendront parfois, pour enfermer les volontés particulières ou les divers événements humains coopérant au système des obligations en des cadres, qui permettent d'en coordonner ou régulariser les effets. Et, comme ces catégories reposent essentiellement sur des distinctions, édifiées par l'esprit, l'autonomie de l'interprète s'exercera plus librement à leur égard, bridée seulement par la coutume ou la loi, qui les auraient préalablement définies. — Mais, c'est surtout, lorsqu'à défaut de ces moyens plastiques, il devra, par le seul effort de ses représentations conceptuelles, donner

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 43 (n° 278-6°).

un corps aux multiples objets, que contient, dans tous ses développements, la riche notion de l'obligation juridique, que s'épanouira, en toute indépendance, la recherche du jurisconsulte, pour faire fructifier cette notion, en vue du but qu'elle est appelée à réaliser. — Et, les ressources de la linguistique venant en aide aux envolées de l'imagination créatrice, on verra surgir, en plein essor, cet imposant assemblage de concepts et de constructions, dont la théorie moderne des obligations nous a offert, chez les interprètes allemands notamment, un aperçu plein de promesses [1].

C'est assez, — pour en rappeler quelques applications, — d'évoquer le souvenir des ingénieuses constructions, récemment proposées, touchant les conditions de formation du contrat obligatoire, et, plus généralement même, de la déclaration de volonté (y compris l'engagement par volonté unilatérale), les nullités qui sanctionnent le défaut ou l'irrégularité des conditions requises, la promesse ou la stipulation pour autrui, les titres au porteur, le contrat avec soi-même, la cession des créances ou des dettes, la compensation, les obligations solidaires et indivisibles avec leurs effets complexes, la responsabilité, tant contractuelle que délictuelle et quasi-délictuelle, etc... — La plupart des innovations, proposées en ces matières, proviennent de conceptions, par lesquelles l'esprit des jurisconsultes s'est ingénié à introduire, au milieu des données simples, qui s'offraient à lui, des éléments artificiels capables de les utiliser et de les féconder, pour fournir à la volonté de l'homme ou à la puissance brute des faits les moyens de satisfaire les besoins ou les desiderata d'une économie sans cesse en progrès. Seule, la liberté de l'interprétation a pu assurer ce résultat. Et, aucun obstacle

1. Cons. notamment : R. Saleilles, *Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 2e édition, Paris, F. Pichon, 1901. — *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901.

n'entravait son jeu, du moment qu'il s'agissait de manier et de combiner des procédés, qui, par leur nature même, dépendent essentiellement de la volonté [1].

283. — Toutefois, la liberté de l'interprétation ne saurait s'exercer, avec pleine indépendance, au regard des sources formelles du droit positif, notamment de la loi écrite, en dépit de leur caractère artificiel, qui les met, suivant moi, au premier rang des facteurs techniques de la jurisprudence. — Sans doute, à l'origine, ces prescriptions autoritaires ont pu sortir d'actes même de l'interprétation, sentant le besoin de se lier, pour l'avenir, par une décision solennelle et de caractère général, en vue de garantir, au mieux, la sécurité des situations juridiques. Mais, du jour où s'est constituée une puissance proprement législative (coutume ou loi), investie spécialement de la mission de porter des règles générales, qui dussent diriger la conduite extérieure des sujets, en leur assurant une justice conforme à leurs besoins, l'interprétation devait trouver, dans ces règles, par la vertu même de la technique qui les pénétrait, une limite infrangible à son essor, de façon que la liberté ne pouvait plus consister, désormais, qu'à scruter, avec toute l'ingéniosité possible, la volonté dont émanaient les règles, pour en dégager les mouvements profonds et les conséquences lointaines, sans oser, à peine de ruiner le moyen lui-même, substituer son action propre à celle de l'auteur des dispositions [2]. —

---

1. Cons., à titre d'exemple : R. Demogue, *Traité des obligations en général*. — I. Sources des obligations, 4 vol. parus, Paris, A. Rousseau, 1923-1924.

2. Il y a lieu d'ajouter que la loi, qui consacre les résultats de l'élaboration scientifique, doit être interprétée largement, tandis qu'une tendance restrictive se recommande à l'égard de celle qui se présente comme pur instrument technique. Voy. une application de cette dernière idée dans Fr. Geny, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, Paris, Recueil Sirey, 1911, t. II, nos **268-272**, p. 298-308.

Finalement donc, l'autonomie de l'interprète se trouvait, ici, fort réduite.

C'est ainsi, que la mise en vigueur des conceptions, si ingénieuses, proposées, depuis quelques années, pour reconstruire, en certaines parties, la théorie générale des obligations, peut être arrêtée par le fait d'une législation écrite archaïque, imprégnée de concepts différents et qui répugne aux innovations envisagées. — A vrai dire même, il faut, si l'on veut faire aboutir celles-ci, l'appui d'une loi écrite, consacrant la valeur des nouveaux concepts, — comme ce fut le cas du Code fédéral suisse des obligations, des Codes civil, de commerce et de procédure civile pour l'empire d'Allemagne, du Code tunisien des contrats et obligations, — à l'effet de renverser les anciens préjugés et de permettre à une interprétation progressive de développer, à plein, les nouvelles idées.

Au total, nous apercevons que, du point de vue de l'interprétation comme des précédents, les sources formelles du droit positif doivent être mises à part des autres éléments techniques, et que, loin de laisser libre champ à l'interprète, elles l'assujettissent à une norme, que son origine et son but placent au-dessus de tous les facteurs des décisions juridiques. — Il en résulte, que la question même, examinée en ce chapitre, nous a fait voir tous les éléments, tant scientifiques que techniques, de l'élaboration du droit, sous la domination de la loi écrite, de telle sorte qu'il s'agisse, avant tout, de savoir si et dans quelle mesure l'interprétation est bridée, par les textes, dans son emploi des uns et des autres.

CHAPITRE QUATRIÈME (XXVII).

RÈGLEMENT DES CONFLITS ENTRE LES ÉLÉMENTS SCIENTIFIQUES ET LES ÉLÉMENTS TECHNIQUES DE L'ÉLABORATION DU DROIT

(Collision de la science et de la technique).

SOMMAIRE : **284**. Principe général : subordination de la technique à la science. — **285**. Application du principe aux procédés plastiques, instruments matériels de la technique du droit. — **286**. Application aux procédés intellectuels, ressortissant des efforts de l'esprit. — **287**. Application aux sources formelles, autre variété de procédés techniques.

284. — La coopération des éléments scientifiques et des éléments techniques, qui s'offre normalement, en toute élaboration, et, en particulier, dans l'interprétation, du droit positif, peut faire place à une véritable opposition.

A priori, sans doute, on conçoit mal pareille opposition. Car le « construit » se présente à la façon d'une sorte d'étage, superposé au « donné ». Comment y aurait-il collision entre eux? C'est que l'étage peut s'ériger lui-même en une substruction nouvelle, qui fasse concurrence à son propre soubassement et prétende le supplanter. — Sous une forme plus simple, la « science » et la « technique » ne marchent pas toujours parallèlement ou consécutivement l'une à l'autre. Elles ont souvent à se joindre et à se combiner. Alors, surgit la possibilité d'un conflit.

Pour l'entrevoir, il n'est que de supposer, que les procédés, dont le rôle spécifique est de « construire » artificiellement l'agencement des principes, en vue d'un règlement adéquat aux besoins de la vie, aient pris un caractère, indépendant et abstrait, qui les place en rivalité avec ce qui est véritablement « donné », et imprime à leurs développements, issus d'effets quelque peu mécaniques ou factices, une direction nettement divergente des tendances fondamentales de la nature et de la raison. A ce point, s'offre un nouveau problème, provenant du choc entre ces forces de consistance si diverse. Il faut savoir lesquelles doivent l'emporter, leur conciliation étant, par hypothèse, impossible.

Or, la question étant ainsi posée, sa solution ne semble pas pouvoir faire doute. Le « donné » doit, par son essence même, dominer le « construit ». Ce dernier, n'étant justifié qu'à titre de mise en œuvre, comme moyen d'atteindre un but supérieur, ne saurait légitimement contredire ce but. S'il advient que, loin d'y aider, il s'y oppose, c'est qu'il est déformé et perverti : par là, il se condamne lui-même; il perd toute raison d'être, puisqu'il répudie, en quelque sorte, sa destination. Il faut que l'artifice s'efface devant ce qu'imposent la nature et la raison. Les éléments techniques de l'élaboration juridique cèderont le pas aux éléments scientifiques, qui enferment en eux la substance même du droit[1].

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. I, p. 199 (n° 81 *bis*, *in fine*). — Quant à la supériorité du côté éthique du droit sur son côté technique, voy. d'intéressantes observations dans E. Gounot, *Du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse de doct. Droit, Dijon, 1911-*1912*, p. 12-13; p. 103-118; p. 199-205; p. 214-217; p. 357-379. — Dans certains cas, le législateur lui-même s'écarte, par motif d'équité, de la logique de ses conceptions. L'article 1299, *in fine*, du Code Napoléon, en offre un exemple bien connu. — D'autres fois, c'est la doctrine et la jurisprudence, qui réagiront contre le point de vue, trop exclusivement technique, de la loi. Nous en avons un cas fort intéressant dans la théorie du droit

Peu importe même, en principe, de quelle sorte seraient les éléments scientifiques méconnus, de quelle nature les « données », qu'ils représentent. Sans doute, ces « données » ne doivent pas toutes être mises au même rang : suivant qu'elles sont « réelles », « historiques », « rationnelles », ou « idéales », il s'établit entre elles comme une échelle de valeurs, créant une sorte de hiérarchie, qui influera sur les combinaisons qu'elles comportent[1]. — Mais, quelle que soit leur force respective, il suffit que, toutes, elles représentent ce qui est « donné », ce qui, comme tel, s'impose à titre de base fondamentale de l'organisation juridique, pour que l'une quelconque d'entre elles doive, de par sa nature même, défier et repousser toute déformation artificielle, si subtil en soit le principe, si ingénieuse la mise en œuvre.

285. — Ce principe de subordination de la « technique » à la « science » ne semble pouvoir soulever aucune objection sérieuse, toutes les fois qu'on l'applique aux procédés dépendant de l'activité individuelle du juriste, sans mettre en jeu l'intervention d'une autorité supérieure, qui introduirait dans le conflit un élément critique de décision.

S'agit-il, par exemple, de ces procédés plastiques, qui déterminent et précisent les institutions du droit, au moyen

---

moral des auteurs ou artistes, qui tient parfois en échec les dispositions de la loi visant exclusivement le droit pécuniaire de reproduction ; — sans parler de l'abus du droit, dans l'ordre privé, ou du détournement de pouvoir, en matière administrative. — De même encore, lorsque, pour des raisons techniques, le droit positif consacre des actes juridiques abstraits, par une élimination artificielle de la cause (Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 70-80 [n° **198**]), la doctrine et la pratique savent en corriger les excès en se servant des *exceptiones (doli, numeratæ pecuniæ*, et autres), ou des *condictiones sine causa*.

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. II, octobre 1915, n^os^ **172-174** *bis*, p. 389-415.

de formes, faute desquelles elles restent privées de toute sanction coercitive[1]? — Tant que les éléments matériels de la forme restent abandonnés au choix et à l'appréciation du juriste, à défaut de loi ou de coutume les ayant positivement consacrés, ils ne vaudront, comme instruments adéquats de l'interprétation et de l'application du droit, qu'à la condition de mettre mieux en œuvre, sans les contrarier, des principes supérieurs, tels que l'autonomie de la volonté présidant au règlement des intérêts privés, ou l'obligation pour chacun de réparer les dommages causés par sa faute. Mais, vienne le moment, où la forme, s'étant développée pour elle-même et, en quelque sorte, hypertrophiée en dehors de son but, contrarierait, au lieu de les seconder, les principes suggérés par l'idéal affinant la nature, et, par exemple, entraverait, loin de les appuyer, le développement de l'autonomie du vouloir postulé par la civilisation moderne ou l'extension de responsabilité, que commande une vue plus profonde de la solidarité sociale. A ce point, le formalisme perd sa légitimité et sa valeur : il doit faire place à la considération directe des principes, qu'il était destiné à soutenir et qu'il ne ferait plus que contrarier[2]. — Aussi bien, n'est-ce pas là ce qui explique toutes les alternatives de progrès ou de régression des formes, dans l'histoire générale de la jurisprudence.

---

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, nos **208-206**, p. 96-122. — *Adde :* n° **202**, p. 94-96.

2. C'est ainsi que l'inscription nominative de titres, spécialement de rentes sur l'État, qui n'est qu'un procédé de forme, tendant à assurer la jouissance du droit (voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, p. 76 texte et note 2 [n° **198**]), ne doit pas décider du droit lui-même. Voyez les conséquences de cette observation : *a*) en matière de majorats par rentes inscrites nominativement au Grand-livre : P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*, p. 341; — *b*) en matière de donations, prétendûment réalisées par inscription nominative de rentes sur l'État : Paris, 25 mars 1891, *Sirey*, 1892.2.129 et la note A. Tissier.

On en peut dire à peu près autant du système des catégories, qui supplée les formes, trop souvent insuffisantes, pour assujettir à une discipline nécessaire les manifestations, volontiers débridées, des activités humaines tendant à un résultat de droit [1]. Le jour, où, débordant leur but rationnel, ces moules hiératiques deviennent un obstacle à l'épanouissement spontané de nouvelles formations juridiques, que la justice ou l'utilité sociale nous suggèrent légitimes, ils perdent leur raison d'être et s'atténuent jusqu'à disparaître devant les intérêts majeurs, qui commandent leur décadence. — Et, c'est ainsi, notamment, que le système, étroitement restreint, des contrats romains, a fait place, chez les modernes, à une théorie, étrangement élastique, où la notion de catégorie n'intervient plus que comme un correctif, d'ailleurs discutable et discuté, de préceptes, qui risqueraient, par leur indétermination même, de ruiner jusqu'au minimum de précision indispensable à l'ordre juridique [2].

286. — Ce que nous constatons à l'endroit des instruments, en quelque façon matériels, de la technique juridique, apparaît plus évident et plus incontestable encore, pour tous les procédés, qui ressortissent des efforts de l'esprit. — Qu'il s'agisse des simples concepts, issus d'une configuration intellectuelle des rapports de droit, depuis leur représentation en idées adéquates jusqu'aux présomptions et aux fictions juridiques [3], que les ressources du langage (terminologie-phraséologie) interviennent pour mieux fixer les contours de ces opérations mentales [4],

---

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, nos **207-213**, p. 123-174. — *Adde :* n° **202**, p. 94-96.
2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, nos **209-211**, p. 135-152.
3. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, juin 1921, nos **214-253**, p. 175-447.
4. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, nos **254-260**, p. 448-492.

qu'on procède de parti pris à la réduction des éléments substantiels du droit, soit par substitution du quantitatif au qualitatif, soit par élimination de conditions naturelles des règles[1], il est bien clair, que l'artifice de pensée ne se légitime, qu'autant qu'il contribue à mettre mieux en valeur les données fondamentales, et que, dès qu'il ébranlerait celles-ci au lieu de les soutenir, il devrait s'effacer devant les réalités supérieures. A ces conditions seulement, nous avons pu intégrer les divers moyens intellectuels dans le système d'ensemble d'une élaboration technique du droit positif. Et, le point, véritablement délicat, de leur emploi, consistait précisément à reconnaître la limite, au-delà de laquelle semblables expédients trahissaient, en quelque façon, leur but légitime et se condamnaient, par là même, à la stérilité, en face des besoins supérieurs, qui les dominent[2]. — Encore, convient-il d'obser-

---

1. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, nos **196-198**, p. 52-81. — *Adde* : ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 60, note 1, *in fine*, (n° **284**).

2. Voy., *passim*, les développements des références signalées aux trois notes qui précèdent. — A ces applications, suffisamment probantes dans leur généralité, j'en joindrai une autre, plus concrète et plus explicite. A l'occasion de la liquidation (en justice) des congrégations religieuses non autorisées, ordonnée par la loi du 1er juillet 1901 (art. 18), s'est posée la question de savoir, si l'on devait tenir pour valables, au regard de la liquidation, les hypothèques consenties, avant l'entrée en vigueur de la loi, sur les immeubles d'une congrégation non reconnue, par les propriétaires apparents de ces immeubles, simples prête-nom de la congrégation, au profit de créanciers de celle-ci. Et la jurisprudence s'est définitivement prononcée pour la validité des hypothèques en question, du moins lorsque les créanciers, qui s'en prévalaient, paraissaient les avoir reçues de bonne foi. Or, en dépit des arguments juridiques, invoqués à l'appui de cette solution pratiquement nécessaire (voy., à cet égard, les notes d'A. Wahl en *Sirey*, 1907. 1.403 à 406 et 1908.2.225 à 227), celle-ci se montrait franchement inconciliable avec le concept juridique, couramment professé, de l'inexistence radicale des congrégations non autorisées rapproché des règles formelles de la constitution d'hypothèque. Si, pourtant, elle l'a emporté, c'est en vertu de cette réalité inéluctable, qui laissait voir, sous l'enveloppe, positivement condamnée, de la congrégation, une collectivité de personnes, dont on ne pouvait, du moins avant la loi du 1er juillet

ver, que les productions de l'esprit, contribuant pour leur part à la direction de la conduite humaine, entrent parfois elles-mêmes dans le *complexus* des réalités juridiques, et, qu'à ce titre, elles acquièrent une valeur de fond, qui leur assure une suprématie catégorique [1].

Ainsi se manifestent, en la plupart des procédés de la technique du droit, une variété et une alternance de mouvements, dont le résultat définitif est toujours d'affirmer la supériorité du « donné » sur le « construit ».

287. — La question va prendre un aspect nouveau, si nous considérons les sources formelles du droit positif, que leur nature propre nous a fait compter au premier rang des moyens techniques [2], mais qui se distinguent des autres, en ce que l'artifice y consiste principalement dans l'injonction d'une autorité, fondée à imposer le précepte, qui constituera, à lui seul, la règle, désormais seule applicable.

Assurément, il semble bien, qu'ici encore, le caractère artificiel du moyen le doive faire céder devant une direc-

---

1901, méconnaître le droit naturel d'exister, comme telle, sous le couvert du droit commun, et de fournir la garantie des obligations qu'elle assumait à ce titre. C'est ce qu'il est aisé d'entrevoir, sous les motifs qui justifient les solutions rendues par la Cour suprême (Civ. rej., 7 juill. 1907, *Sirey*, 1907.1.401. — Req. rej., 17 déc. 1907, *Sirey*, 1908.1.396. — Civ. rej. (2e espèce), 11 mars 1908, *Sirey*, 1910.1.81. — — Comp. la solution différente de Req. rej., 26 mars 1906, *Sirey*, 1908. 1.275, pour les hypothèques constituées postérieurement à la loi du 1er juill. 1901).

1. Par exemple, l'interdiction judiciaire (pour cause de démence) — œuvre manifeste de la technique juridique — aboutit, dans une opinion fort autorisée, à absorber l'incapacité naturelle du fou, qui, même hors de la situation propre d'interdiction, ne peut plus donner lieu qu'à une nullité relative. Voy., entre autres : Bordeaux, 22 avril 1896, *Pand. franç. périod.*, 97.2.321 et note R. Carré de Malberg. — *Adde* : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, § **127**, texte et note 9, 5e éd., 1897, p. 809-810; et surtout t. IV, § **343**, texte et notes 3-5, 5e éd., 1902, p. 477-478.

2. Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, n° **199**, p. 81-85.

tion différente, qui résultât des données profondes de la vie sociale. Si la justice est manifeste en un sens déterminé, comment suivre la voix contraire du législateur humain? — Cette fois pourtant, l'hésitation est possible, puisque la voix qui parle est investie d'une puissance particulière, qui peut sembler commander souverainement la soumission.

L'objection s'atténue pour la coutume, du fait que, résultant d'un usage suivi en connaissance de cause par les intéressés[1], elle heurtera difficilement la justice, dont elle paraît plutôt révéler l'expression adéquate. D'ailleurs, la théorie, la plus autorisée, réprouve, comme inopérante, la coutume manifestement contraire à la raison[2] et lui enlève ainsi la possibilité même de sa vertu. On sait aussi, qu'à l'heure actuelle, la coutume joue, dans la vie juridique, un rôle si réduit[3], que ce qu'elle peut laisser subsister de douteux, dans les termes indiqués, se ramènerait à une difficulté, des plus minimes, et qui se dissoudra souvent, d'elle-même, dans les circonstances de fait.

Au contraire, le problème manifeste toute son acuité, quand on le pose au sujet de la loi écrite, s'offrant comme l'injonction indiscutable d'une autorité formellement suprême, mais pourtant sujette à erreur, puisqu'elle n'est, en soi, qu'une autorité humaine. Sa nature en fait, visiblement, un moyen artificiel, consistant à la fois en réduction simplificatrice de réalités complexes, en idées ou concepts allant parfois jusqu'à la présomption, voire la fiction de droit, en expédients terminologiques ou phraséologiques, même, si l'on considère son origine, en

1. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, t. I, p. 356-364 (n° **119**).

2. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. I, n° **121**, p. 371-374.

3. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. I, p. 325-328 (n° **111**).

formes ou catégories plastiques, bref un assemblage et une combinaison de tous les autres éléments techniques, constituant ainsi comme un procédé technique à la deuxième puissance, et représentant le terme extrême de l'artifice juridique. — Il est trop clair, que son injonction, qui exprime toute sa substance, peut se heurter aux données fondamentales, que nous avons reconnues à la base de toutes les institutions du droit[1]. Ce sera rare, encore que possible, en face du « donné réel », comme si une loi formulait, pour un certain effet de droit, des exigences incompatibles avec la réalité des choses[2]. — On le conçoit déjà plus aisément, au regard du « donné historique », toutes les fois, notamment, que, par l'apathie ou l'impuissance de ses auteurs, la législation resterait manifestement en retard, sur ce que postule le progrès de la civilisation, définitivement acquis à un moment déterminé. Mais, surtout, il adviendra, de temps à autre, en une époque de législation abondante, et sous l'influence de passions politiques aveuglant les majorités toutes puissantes, que les dispositions promulguées choquent

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, octobre 1915, n^os^ **166-174**, p. 369-410. — Sur le caractère de la législation allemande, où la technique pure risque d'étouffer le sentiment profond du droit, comp. F. Eccard, *Biens et intérêts français en Allemagne et en Alsace-Lorraine pendant la guerre*, Paris, Payot, 1917, p. 33-37.

2. Ainsi, les enfants, nés d'une femme mariée longtemps après l'absence reconnue du mari, devraient être légitimes, d'après l'article 312 du Code Napoléon. Impossible cependant, en fait, d'accepter ce résultat. Voy., M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9e éd., Paris, 1922, n° **1419**, p. 440-441. Comp., n° **1383**, p. 429-430. — Civ. rej., 19 décembre 1906, D. P. 1907.1.289 et note P. Binet; *Sirey*, 1911.1.260. — *Contra* : Civ. rej., 15 décembre 1863, D. P. 64.1.153 et la note, *Sirey*, 64.1.27. — Il résulte de ces décisions combinées, que la jurisprudence résout la question en se plaçant sur le terrain de la charge de la preuve, imposée à celui qui prétend, en fait, s'appuyer sur la vie ou la mort de l'absent. — Comp. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., t. I, Paris, Dalloz, 1921, p. 267-268.

ces principes de justice, suggérés par la raison et développés par le sentiment intime, où j'ai reconnu, sous les dénominations de « donné rationnel » et de « donné idéal », le fonds, permanent et irréductible, de ce « droit naturel », que la tradition immémoriale de la jurisprudence positive place elle-même à la base de tout son effort[1].

De sorte que nous donnerons une idée suffisante du gros problème, qui nous reste à envisager, si, employant des termes mieux connus, nous nous plaçons maintenant en présence du conflit du droit naturel et de la loi positive.

---

1. Voy., Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, nos **169-170**, p. 380-389. *Adde :* nos **171-174** *bis*, p. 389-415.

CHAPITRE CINQUIEME (XXVIII)

CONFLIT DU DROIT NATUREL ET DE LA LOI POSITIVE ÉCRITE

Sommaire : **288**. Importance, difficultés et complexité du problème. — **289**. Position concrète du problème. Principe de sa solution : prévalence de la loi écrite. Diverses justifications possibles. — **290**. Limitations et correctifs à apporter au principe. — Garanties d'un exercice légitime du pouvoir législatif. — **291**. Précision des droits naturels supérieurs, au moyen de constitutions rigides. — Valeur relative du moyen. — **292**. Moyens préventifs et répressifs contre les excès éventuels de la législation positive. — Application aux règlements. — **293**. L'exception d'inconstitutionalité contre la loi. — **294**. Recours direct contre la loi méconnaissant le droit supérieur? — **295**. Correctif de la prévalence de la loi écrite dans la responsabilité de l'État législateur. — **296**. Sanction désespérée des abus flagrants : résistance à l'oppression des lois despotiques (question générale du droit à l'insurrection). — **297**. Fondement légitime, conditions et limites de la résistance à l'oppression. — **298**. Applications, dans les faits, de la résistance individuelle et de l'agression collective (révolutions). — **299**. Contre-partie dans la question des pleins pouvoirs de l'exécutif. — **300**. Résumé sur la solution du conflit entre le droit naturel et la loi positive.

288. — Problème fondamental, en effet, et qui peut, sans exagération, je crois, être présenté, comme le plus ardu, aussi bien que le plus troublant, de tout le système du droit, envisagé dans ses fins profondes. Du moins, met-il en jeu les principes essentiels de l'ordre juridique et de sa réalisation adéquate. — Quelle est la valeur, quelle est la force effective, de cette loi de nature et de justice, que nous sentons préexister aux conventions et arrange-

ments humains? Comment ceux-ci, en les supposant assortis de conditions qui en attestent et consacrent solennellement l'origine, ramenés par exemple à la notion précise de loi positive écrite, concilieront-ils leur autorité nécessaire avec les principes supérieurs, auxquels se heurteraient leurs dispositions? Qui pourra trancher ce conflit suprême, et suivant quelles règles, capables de sauvegarder tous les intérêts en présence? Par quels biais maintenir à la fois le fondement substantiel, intrinsèque, de tout ordre social, et les nécessités pratiques qui conditionnent sa mise à effet journalière? — Telles sont les principales antinomies, les questions essentielles, contenues dans la formule du problème ici posé.

Et, cette formule ne représente, elle-même, qu'un des aspects d'un ensemble plus vaste, qui a multiplié et diversifié ses ramifications dans tout le droit public de l'époque contemporaine. Portée extrême et limites nécessaires de la prétendue souveraineté politique dans l'État de droit [1]. Puissance ou impuissance de l'autorité, sous ses diverses formes, à l'encontre des « droits individuels » ou des « libertés publiques ». Reconnaissance et proclamation de ces droits et libertés par des organes supérieurs, répondant à la notion générale de « Constitution ». Pouvoir de la loi ou du règlement, au regard des préceptes ainsi consacrés. Valeur des lois nationales portant atteinte aux droits acquis, notamment à ceux issus de contrats, soit entre particuliers, soit avec l'État, ou de traités internationaux [2]. Garantie assurée aux droits supérieurs par la séparation des pouvoirs, par les règles de procédure

1. Sur l'opposition de deux conceptions : souveraineté de l'État et souveraineté du Droit, voy. H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität*. Beitrag zur Staatslehre, Groningen, 1906.

2. Comp. P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*. Dans quelle mesure le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire sont-ils liés par une loi et un règlement antérieurs, par un contrat et un traité international antérieurs? thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*.

ou de forme conditionnant la loi ou le règlement, par une place éventuellement laissée au contrôle populaire (droit de pétition — libertés de presse et de réunion — referendum). Sanction résultant, pour la délimitation des compétences concurrentes, de recours directs contre les actes législatifs ou réglementaires, des exceptions d'illégalité ou d'inconstitutionnalité, de la responsabilité de l'État ou de ses agents, tous moyens qui font intervenir l'action indépendante de l'autorité judiciaire. En désespoir de cause, résistance à l'oppression, depuis la rébellion légitime contre les ordres irréguliers ou illégaux jusqu'à l'insurrection bravant les abus de pouvoir les plus criants. Et, corrélativement à cette extrémité ouverte aux sujets, pleins pouvoirs reconnus exceptionnellement aux gouvernants, en cas de nécessité inéluctable ou de légitime défense de l'État. Voilà, entre autres, — et sans parler des questions analogues que soulèvent les rapports internationaux, — quelques points, qui, sous les particularités relatives à chacun d'eux, restent tous évidemment connexes au problème énoncé plus haut. — Au fond, pourtant, ce problème les domine tous, grâce à sa généralité théorique, parce que tous, en dépit de leur spécification individuelle, dépendent, à le bien prendre, de l'idée, profondément sentie, que tout le mécanisme des pouvoirs ou formules, constituant la loi positive de l'État, doit, en tant qu'instrument technique, être au service de principes, tendant à consacrer l'ordre même de la vie sociale, et qu'en cas de discordance entre le moyen et le but, il importe d'assurer, malgré tout, la suprématie de la fin à atteindre, sauf à rechercher si le moyen ne s'identifierait pas, sous quelque rapport, et en quelques applications, avec le but lui-même.

Aussi bien, devrons-nous, pour demeurer fidèles à notre objet propre, nous en tenir à l'examen et au règlement de collisions possibles entre les dispositions formelles de la loi écrite positive et la règle de droit directe-

ment basée sur la justice[1], sans nous refuser à insérer, *transeundo*, dans cet exposé, les questions, avoisinantes, du droit public, qui seraient plus spécialement de nature à l'illustrer utilement. Il va de soi, aussi, que nous nous placerons principalement au point de vue français, la considération du droit étranger n'intervenant qu'accidentellement, à titre de comparaison et d'exemple.

289. — Supposons donc que la loi positive écrite (loi proprement dite ou règlement), telle qu'elle s'impose constitutionnellement dans notre pays au moment considéré[2], se trouve en opposition manifeste avec les résultats des données objectives, révélées par l'élaboration scientifique du droit, soit qu'elle méconnaisse des réalités naturelles (donné réel), soit qu'elle se heurte aux principes traditionnellement acquis (donné historique), soit qu'elle contredise les suggestions de la raison (donné rationnel), soit qu'elle diverge des aspirations les plus élevées de la conscience (donné idéal)[3]. — La chose est évidemment possible, en soi[4]. Et, si elle paraît devoir se présenter rarement dans un régime constitutionnel, dominé par des traditions, qui aient peu à peu affiné le pouvoir législatif, en l'adaptant toujours mieux à sa mission, elle risque d'éclater, en plus d'une occasion, sous la poussée d'idées démocratiques ou sociales, qui tendent trop souvent à sacrifier les fermes bases d'une justice sagement progressive au mirage trompeur des bouleversements

1. Sur cette opposition, voy. encore quelques considérations, dominées par un excès de logique abstraite, dans P. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, n° **192-213**, p. 323-341.

2. Il ne s'agit ici que de la règle générale, édictée par le pouvoir compétent à cet effet (loi matérielle), qu'elle revête, suivant son contenu, la forme de la loi proprement dite (loi formelle) ou celle du décret réglementaire.

3. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 67-68 (n° **287**).

4. Comp. Montesquieu, *L'esprit des lois*, livre XXVI, chap. III-IV. *Des lois civiles qui sont contraires à la loi naturelle.*

désordonnés et violents [1]. — Par exemple, un entraînement facile vers les utopies libertaires détournera le législateur des visées idéales, concernant la constitution de la famille, que laisse entrevoir le mouvement incessant de la civilisation chrétienne, pour lâcher la bride aux appétits insatiables d'un prétendu « droit au bonheur ». Ou bien, l'attrait des chimères socialistes l'aura conduit à sacrifier les principes de liberté individuelle et d'appropriation privée, que la raison nous montre seuls conformes à la nature morale de l'homme vivant en société. Peut-être encore, une vague de passions politiques va submerger, en vue de nuire au parti de la minorité, les *désiderata* les plus élémentaires de la justice. Ou, simplement, un engouement irréfléchi, pour des nouveautés théoriques séduisantes, vient occasionner une rupture, brusque et inconsidérée, avec des institutions assises sur les expériences accumulées du passé, voire dans les matières les plus rebelles aux innovations téméraires, successions, obligations, régime hypothécaire entre autres. Bien plus, il n'est pas sans exemple, que, dans la griserie de sa toute-puissance, le législateur moderne en arrive, sur tel point donné, à porter une solution, qui repugne manifestement à l'ordre nécessaire des choses, constaté par l'observation la plus stricte, comme s'il voulait défier la nature et lui imposer sa norme [2]. — En tous ces cas, où nous apparaît, plus ou moins criant, le contraste

---

1. Comp. ce qui s'est passé à Rome, dans le premier siècle avant notre ère, d'après G. Ferrero, *Grandeur et décadence de Rome*, trad U Mengin, t. I, 4e éd., Paris, Plon, 1905, où l'on voit des lois de circonstance faisant le fonds de la politique romaine à cette époque.

2. On relèverait bien des dispositions de cette sorte dans la législation récente de la République russe socialiste-fédérative des Soviets. Cons., par exemple : B. Nolde, *Le Code civil de la République des Soviets*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1922-1923, t. LII, p. 231-257. — *Adde :* R. Labry, *Une législation communiste*. Recueil des lois, décrets, arrêtés principaux du gouvernement bolcheviste, Paris, Payot, 1920.

entre le juste immanent et son expression prétendue dans le verbe solennel de la loi écrite, auquel des deux donnerons-nous la préférence[1]?

Si nous nous en tenons simplement à la hiérarchie des valeurs, qu'établit entre elles leur origine respective[2], nous serons portés, ici encore, à affirmer, que les règles, issues du « donné », qui, par leur essence, se dressent devant le sens intime comme inéluctables, doivent l'emporter sur les résultats, artificiels et discutables, de volontés plus ou moins arbitraires. Dans l'hypothèse d'un conflit absolu, le droit naturel demeurerait, envers et contre tout, supérieur à la loi écrite.

Et pourtant, notre instinct pratique, aussi bien que notre conviction profonde, résistent délibérément à pareille solution. Du moins, nous trouvons-nous en présence d'un *consensus* social, solidement forgé, en faveur d'une prévalence normale des injonctions, même brutales, de la loi positive écrite, sur les suggestions du droit naturel, si profondément qu'elles soient enracinées en nos âmes. — De fait, je n'hésite pas à le déclarer, il convient d'accepter, à titre de principe directeur, cette prévalence normale, si nettement exprimée, au moyen de sa plus notable conséquence, dans une constitution du *Décret de Gratien*, empruntée à saint AUGUSTIN (*in lib. de vera religione*, c. 31) : « *In istis temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, cum eas instituunt, tamen, cum fuerint institutæ et firmatæ, non licebit judici*

---

1. Comp. le conflit du « droit positivement formé » et du « droit juste », d'après R. STAMMLER, *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft*, dans *Die Kultur der Gegenwart*, II, 8. Systematische Rechtswissenschaft, Berlin u. Leipzig, 1906, p. LVIII-LIX et *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 749-750 (VIII Abschnitt, § 19). — Suivant STAMMLER, ce conflit serait insoluble et semblerait devoir toujours exister. Mais, il pourrait s'atténuer, au moyen d'un rapprochement des deux éléments opposés ou par un développement, toujours plus grand, mieux assuré, du « richtiges Recht ».

2. Voy. ci-dessus. *Science et technique*, t. IV, p. 60-61 (n° 284).

de ipsis judicare, sed secundum ipsas. » (Decreti Prima pars. Dist. IIII, c. 3).

Encore faut-il, pour n'en pas excéder la portée, préciser sur quelle base nous faisons reposer un principe, qui paraît, en soi, si directement contraire aux idées capitales de toute l'organisation juridique, telle qu'elle nous est apparue devoir être analysée dans cet ouvrage.

Une première explication se présente immédiatement à l'esprit. L'autorité suprême de la loi écrite viendrait de la majesté même de la source, dont elle émane. Ce serait une conséquence de la souveraineté de l'État, dont le pouvoir législatif constitue l'attribut le plus élevé. Qu'on rattache la souveraineté à une sorte de droit divin, légitimant tout pouvoir établi (*omnis potestas a Deo*), ou consacrant certains élus[1], ou qu'on la situe dans la nation, seule capable de fixer elle-même ses destinées, on y reconnaît une puissance suprême, dont les injonctions s'imposent, par elles-mêmes, pour diriger extérieurement la conduite de tous[2]. — Et, pourtant, il est aisé d'apercevoir, qu'il n'y aurait là qu'une justification, fort insuffisante, de l'autorité catégorique attribuée à la loi écrite. En soi, la souveraineté de l'État n'est qu'un postulat, qui, étranger au fait brutal de la prépondérance de la force, répond mal à la réalité des choses[3]. La faire découler d'une sorte de prédestination divine, la relier à la valeur mystique de l'esprit du peuple, c'est, manifestement, dépasser, par l'effort de l'idée pure, les conclusions de l'expérience positive[4]. Celle-ci ne nous révèle

1. Comp. É. Chénon, *Le rôle social de l'Église*, Paris, Bloud et Gay, 1921, p. 99-113 (nos **34-37**).

2. Voy., par exemple, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Recueil Sirey, 1920-1922, *passim*, notamment t. I, nos **25-31**, p. 69-243; t. II, nos **319-338**. p. 149-197.

3 Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édit., t. I, Paris, de Boccard, 1921, p. 394-400 (§ **44**); p. 497-498 (§ **56**);p. 499-501 (§ **57**); t. II, 1923, p. 1-4 (§ **1**); p. 93-110 (§§ **10-11**).

4. Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. I, 1921, p. 409-441 (§§ **46-49**); p. 493-496 (§ **56**).

pas plus qu'une certaine force de l'opinion publique, capable seulement, par la loi de la majorité (susceptible, d'ailleurs, de nombreuses variétés), de fixer, en forme générale, des points de droit indécis ou mal établis [1]. Il est rationnel d'en induire l'opportunité d'organiser cette force, de façon à lui faire rendre tout ce qu'on en peut attendre et de donner à la loi un organe, à la fois ferme et sûr. Mais, ce serait pur sophisme, de vouloir s'appuyer sur une puissance, toute de fait, pour y asseoir, comme un droit, la prééminence de l'instrument légal sur les résultats du « donné ».

C'est, en réalité, une considération beaucoup plus simple, tirée de la consistance même de l'organisation juridique, qui nous rend compte de la suprématie primordiale de la loi écrite, de quelque source effective qu'elle soit issue, monarchie, aristocratie, ou démocratie. En effet, si mystérieux et si complexe apparaisse le contenu de la justice, un principe en domine toutes les parties, le principe d'un ordre nécessaire à maintenir dans la société des hommes [2]. Or, l'ordre suppose, en quelque mesure, une règle fixe et rigide, que peut seule fournir, pour diriger impérieusement la conduite humaine, cette formule, émanée d'une autorité reconnue et acceptée, que nous représente la loi écrite positive. A ce prix, seulement, s'affermira la sécurité des situations acquises, qui demeure parmi les besoins essentiels de la vie sociale. Et, sans doute, la loi écrite n'en reste pas moins, d'après sa nature et son fonctionnement, un procédé artificiel, un pur moyen technique. Mais, ce moyen étant impérieusement dicté par les exigences d'un « donné », à la fois rationnel et idéal, que

---

1. Comp. M. Deslandres, *Étude sur le fondement de la loi* (à propos de Dicey, Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du xixe siècle, trad. G. Jèze, Paris, 1906), dans *Revue du droit public*, 1908, t. XXVIII, p. 5-37.

2. Comp. G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 87-123, et *passim*, dans la suite.

corroborent les enseignements de l'histoire et qui s'érige presque en « donné réel » [1], on peut dire que c'est comme d'un droit naturel supérieur, que surgit l'hégémonie nécessaire de la loi positive; de sorte que la « science » vient ici supplanter ou absorber la « technique » et que, par là, le conflit prétendu s'effondre sous un principe plus élevé d'unification, qui vaut par lui-même et à lui seul. Ainsi, l'injonction autoritaire de la formule légale, par cela qu'elle représente le principe même de l'ordre, principe supérieur à tous autres, l'emportera normalement, parût-elle à l'encontre des règles concrètes, suggérées par la raison ou entrevues par la conscience, voire de celles qui constitueraient comme l'acquis du passé, ou même sembleraient se dégager des lois naturelles de la vie sociale. Et, ce sont les mêmes considérations, poussées dans une direction nouvelle, qui justifient le « principe de légalité », que nous trouvons au seuil de toutes les constitutions modernes [2].

On a pu, d'ailleurs, creuser davantage la raison de cette suprématie, reconnue à l'autorité formelle de la loi, et la rattacher au pluralisme nécessaire de la vie sociale, qui se traduirait, pour le droit, dans la distinction de deux couches, en quelque façon parallèles, de règles juridiques, les unes, tirées du sentiment subjectif de la justice et l'emportant, provisoirement du moins, à titre de préalable (ce seraient les règles formulées par l'autorité positive), les autres, seules fondées sur le droit objectif (ce seraient

---

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, n^os **166-170**, p. 369-389.

2. Sur le « principe de légalité », voy. notamment: L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, E. de Boccard, t. III, 1923, §§ **99-100**, p. 681-735. Comp. p. 551-553 (§ **88**). — Voy. aussi M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 258-262. — Et, pour une justification plus profonde du « sentiment de la légalité », cons. R. Saleilles, *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1902-2°, t. XLIV, p. 329.

les règles du droit idéal), susceptibles, comme telles, d'énerver, après coup, la présomption de bien fondé, dont jouissent les premières [1]. — Mais, cette justification, dont je suis loin de contester la valeur, et que, volontiers, je m'approprierais personnellement, pour la plus grande partie [2], offre l'inconvénient de supposer, à sa base, une philosophie actuellement fort contestée, difficile, au surplus, à démontrer par raisonnement et à faire accepter de tous les esprits [3].

Je crois, pour ma part, que le simple bon sens, l'observation élémentaire, le témoignage universel, attestant la nécessité primordiale de l'ordre et constatant que celui-ci ne s'établit que par la règle émanée de l'autorité effective, suffisent amplement à justifier, au regard de la raison, la prééminence légitime de la loi écrite positive [4].

290. — Au surplus, cette suprématie, quelque peu instinctive et aveugle, de la loi écrite, justifiée seulement par une sorte de nécessité sociale, ne saurait être absolue et toujours entière. Pour rester légitime et adéquate aux faits, elle postule des garanties d'exercice, elle comporte

---

1. Voy. M. Hauriou, *Les idées de M. Duguit*. Extrait du Recueil de législation de Toulouse, 1911, tirage à part, p. 14-32 (travail reproduit, en partie et avec quelques modifications, dans M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1916, p. 799-812). — Rappr. M. Hauriou, Note, sous deux arrêts Conseil d'État, 6 août 1915, *Sirey*, 1916.3.9.

2. On pourrait, d'ailleurs, compléter la justification par l'idée vraie, contenue dans les systèmes fidéistes ou traditionnalistes, sur lesquels voy. Cardinal D. Mercier, *Critériologie générale*, 6e éd., Paris et Louvain, 1911, nos **61-75**, p. 117-157. Comp. nos **76-92**, p. 157-200.

3. Comp. G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2e éd., Leipzig, 1913, p. 24-26, qui semble rattacher la légalité à une justice plus haute la contenant et l'absorbant. Aussi, exprime-t-il nettement l'assujettissement du juge à la loi, p. 79-88, notamment p. 80. — Rappr. R. Saleilles (Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1902-2o, t. XLIV, p. 329.

4. Voy. aussi : H. Berthélemy (*Le fondement de l'autorité politique*), dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 664-670.

quelques précisions de contours, elle admet des moyens préventifs, voire répressifs, bref elle implique tout un ensemble de redressements, — pouvant aller jusqu'à une sanction désespérée, — qui protègent le fond même du droit objectif contre la perversion ruineuse du despotisme. — Ces limites, nombreuses et variées, à l'omnipotence de l'autorité formelle [1], se conçoivent et se présentent pour toutes ses manifestations. Elles ont seulement plus d'énergie et d'efficace, à l'encontre de celles qui émanent de moins haut. — Il s'agit surtout, ici, de les envisager au regard de la loi proprement dite, sauf à signaler leur application différente et parfois leur accentuation, mieux marquée, vis-à-vis des règlements.

Et, d'abord, il convient de signaler, en première ligne, certaines garanties d'exercice, proprement dites, de la législation, qui, en bridant, balançant, contrecarrant, au besoin, l'action propre du législateur, doivent tendre à restreindre son emprise sur le domaine réservé du droit naturel, et à rendre plus difficiles, plus compliquées, donc moins fréquentes et moins graves, les atteintes à ce dernier. Pareilles garanties d'exercice sont surtout nécessaires à l'encontre de la loi proprement dite, parce que la souveraineté et l'indépendance de ses auteurs, puisant généralement leur pouvoir à la source directe de l'élection populaire, ont plus particulièrement besoin de contrepoids et d'entraves. Aussi, composent-elles la part la plus notable du régime constitutionnel des nations civilisées [2]. — Il nous suffira de citer, entre autres, — visant le système de représentation nationale auquel se rattache la constitution française et nous référant, pour les développements, aux

1. Sur l'histoire de ces limitations, voy. A. Angleys, *Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif par l'intervention de l'autorité judiciaire*, thèse de doct. Droit, Grenoble, *1910*-1911, p. 17-42.

2. Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 551 (§ **88**), p. 735 et p. 750 (§ **101**) cbn. t. II, chap. III, p. 404-667; et t. IV (à paraître).

études générales de droit public, qu'il serait oiseux de reprendre à cette place, — en dehors de principes supérieurs, tels que la séparation des pouvoirs et la sauvegarde des droits acquis par la non rétroactivité des lois [1], principes, qui exigent eux-mêmes une mise en œuvre spéciale, — les pièces les plus notables du mécanisme constitutionnel de la législation, notamment le système des deux chambres législatives, l'organisation du suffrage pour l'une et pour l'autre, y compris toutes les variétés d'élections et la représentation des minorités; l'exigence de délibérations multiples, avec toutes les prescriptions, tous les délais, de la procédure parlementaire; l'intervention du pouvoir exécutif dans la législation par l'initiative, l'accès aux délibérations, le veto plus ou moins énergique, la sanction, la promulgation, et jusqu'aux facultés éventuelles d'ajournement, voire de dissolution; le contrôle populaire par la publicité des délibérations législatives, la liberté de la presse, le droit de pétition, éventuellement même (en certains pays), le referendum de consultation ou de ratification. — Toutes ces dispositions, et d'autres encore, ont pour objet principal d'assurer une mise en œuvre, pondérée, judicieuse, sagement équilibrée et dosée, de la fonction législative; par là-même et en même temps, elles préserveront l'autorité, principalement créatrice des règles positives, contre la tentation de méconnaître, par légèreté d'esprit ou sous l'influence des passions de parti, la règle objective du droit, que son devoir est d'exprimer fidèlement.

Que si la confection des règlements (décrets et arrêtés réglementaires) n'est pas entourée de précautions aussi minutieuses, si elle reste presque dépourvue de formes et livrée à l'inspiration personnelle de l'autorité, qui en est chargée, cette absence de garanties trouve son explication

1. On sait d'ailleurs, que le principe de non rétroactivité des lois n'est plus, en France, à l'heure actuelle, un principe constitutionnel.

et son dédommagement, d'une part, en ce que la dépendance de l'autorité réglementaire vis-à-vis du législateur suffit à réduire ses prétentions et à limiter son pouvoir, d'autre part, en ce que ses excès éventuels comportent, pour leur répression efficace, des sanctions énergiques, dont nous constaterons l'absence regrettable ou les difficultés d'application beaucoup plus grandes, quant à l'œuvre législative proprement dite.

291. — Le capital obstacle, qui empêche de maintenir, à l'encontre d'une loi positive écrite, qui les méconnaîtrait, les principes du droit naturel, ou les résultats du « donné juridique », tels que les suggèrent la science et la croyance [1], tient à ce que ces principes ou ces résultats, si ferme en puisse être la base, consistent seulement en directions générales de conduite, trop abstraites et trop fuyantes, pour s'imposer, comme préceptes positifs, dans les circonstances concrètes de la vie sociale [2], surtout quand elles se heurtent à des dispositions, précises et catégoriques, émanant d'une autorité formelle, que celle-ci ramène à exécution, après les avoir impérieusement libellées [3]. — Dès lors, si l'on veut remédier au danger de semblable déséquilibre et modérer l'autorité, quelque peu brutale, de la loi écrite, au profit de l'idéal supérieur du juste objectif, on pourra songer à envelopper celui-ci en des formules analogues, et revêtir ces formules d'une sorte de majesté solennelle, qui les place au-dessus des contradictions d'une source de droit, moins élevée en dignité et en puissance. Sans doute, on aura, de cette façon, diminué,

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, *passim*, notamment n^os^ **161-176**, p. 353-420 et n° **177-1°**, p. 420-421. Comp. t. I, 1914, *passim*.

2. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915. Note de l'auteur, p. iv; p. 293-294 (n° **140**); p. 349 (n° **158**); n° **159**, p. 349-350; p. 421 (n° **177-2°**).

3. La séparation des pouvoirs, qui n'est qu'un procédé d'équilibre, n'empêche pas l'unité fondamentale de l'autorité sociale.

en quelque mesure, la valeur, mystérieuse et profonde, du pur droit naturel. En revanche, on aura emprunté à la loi écrite quelque chose de son artifice rigide, pour en fortifier la substance, molle et inconsistante, de la justice, issue de la nature même des choses. Au total, on aura énervé la technique par la technique elle-même. — Rien d'étrange à cela, si l'on admet, comme il a été proposé plus haut[1], que la suprématie normale de la loi écrite est réellement fondée sur une idée supérieure, qui, dominant à la fois la science et la technique, peut aisément les concilier, ou, du moins, adoucir les chocs provenant de leur contact. — Et, ce qui résultera finalement de la combinaison, c'est que nous aurons comme deux couches superposées de lois positives : les unes, établies suivant la procédure la plus simple de la législation, par suite ordinaires et de valeur normale; les autres, entourées, dans leur confection, de formes plus solennelles, dès lors, quelque peu exceptionnelles, mais douées, en revanche, d'une énergie plus robuste.

Tel est l'objectif, qu'on peut atteindre par le moyen des constitutions dites « rigides », surtout lorsqu'elles ne se bornent pas à prévoir l'organisation, le fonctionnement et les rapports des pouvoirs publics, mais quand elles ajoutent, à ces dispositions de compétence et de procédure, quelques préceptes de fond, qui expriment les règles les plus essentielles du système juridique, correspondant au droit naturel immuable, interprété suivant les aspirations du moment. Et, comme ces règles se traduisent, le plus nettement, en certains droits subjectifs, reconnus au profit de l'être humain et convergeant tous vers l'idée de la liberté individuelle, assortie parfois de l'idée d'égalité, les « déclarations de droits » (de l'homme et du citoyen), annexées à la Constitution, ou considérées comme la complétant, voire la dominant à titre d'expression du

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 76-77 (n° **289**).

but suprême de tout effort politique, ont paru représenter, au mieux, cette précision systématique d'une justice supérieure, destinée à brider mécaniquement l'arbitraire de la loi écrite positive[1]. Limitant, en quelque sorte, d'office, le pouvoir législatif proprement dit, à plus forte raison ces « lois constitutionnelles » contiendront-elles, dans les mêmes bornes, le pouvoir réglementaire, qui, en raison de sa puissance inférieure, se trouve également soumis à l'autorité de la « loi ordinaire », dont il n'est lui-même qu'un succédané.

Toutefois, l'emploi de cet expédient d'une « superlégalité constitutionnelle »[2] implique des conditions et comporte des limites, qui ne laissent pas de le montrer assez imparfait et mal adapté à certaines situations politiques. — Avant tout, il suppose un système de « constitution rigide », peu conforme au régime strictement parlementaire, tel que le comprend et le pratique, par exemple, l'Angleterre, qui, fidèle à sa prétendue « constitution flexible », ne connaît que la légalité pure et simple[3]. — Même dans les pays, beaucoup plus nombreux, qui placent certaines lois, — tenues pour constitutionnelles, parce qu'issues d'une source plus rare et plus solennelle (Convention, ou Assemblée nationale), et compor-

---

1. Comp. A. Lemaire, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, thèse de doct. Droit, Paris, 1906-1907. — J. Gajac, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, *1903*-1904. — A. Santoni, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, thèse de doct. Droit, Toulouse, *1913*. — *Adde :* J. Barthélemy, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de juillet*, dans *Revue du droit public*, 1909, t. XXVI, p. 5-47.

2. Je trouve cette expression ingénieuse dans M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 276-280. *Adde :* p. 280-296, p. 298-300. — Voy. aussi *ibid.*, p. 39-41.

3. « La légalité constitutionnelle », comme la dénomme, non sans quelque équivoque, M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, p. 271-275. — Un point de vue, analogue à celui de l'Angleterre, prévaut en Italie.

tant une procédure spéciale de revision, — au-dessus des lois ordinaires, encore faut-il, que cette forme constitutionnelle couvre de sa majesté intangible les principes, qu'on veut mettre à l'abri des entreprises de la législation ordinaire. Et, c'est ce dont on peut douter pour la France, depuis, qu'à la suite de multiples expériences, plus ou moins décevantes, elle a réduit le domaine de ses lois strictement constitutionnelles à l'organisation, au fonctionnement et aux rapports, presque purement formels, des pouvoirs publics, sans y comprendre les principes de fond, destinés à assurer et à garantir les « droits de l'homme et du citoyen »[1]. Il est vrai, que ces « droits individuels », ou « libertés publiques », sont, en vertu d'une coutume bien établie, reconnus, à peu près unanimement, pour constituer le « droit public des Français ». Et, soit qu'on en veuille trouver la consécration dans la « déclaration des droits de l'homme et du citoyen », placée en tête de la Constitution du 3 septembre 1791 et maintenue implicitement par les auteurs de la Constitution de 1875, comme elle l'était explicitement par la Constitution du 14 janvier 1852, article 1, soit qu'on préfère les considérer, sous la même formule ou dans un contenu analogue, affiné encore par les évolutions politiques, comme acceptés par la Nation au moment de sa rénovation révolutionnaire et dominant, par suite, les lois constitutionnelles proprement dites, on n'hésitera guère à les tenir pour imposés au législateur ordinaire et de nature à réfréner son activité, par ailleurs, sans limites[2]. On sent,

1. Voy. notamment : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, 1921, Paris, Recueil Sirey, t. I, p. 553-563, p. 598. — Comp. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Recueil Sirey, t. II, 1921, n° **467**, p. 578-582, qui n'admet la valeur de la « déclaration des droits » de 1789, que pour lier les administrateurs par ceux de ses préceptes, que n'aurait pas écartés la loi. Rappr. G. Jèze, *Valeur juridique des déclarations des droits et des garanties des droits*, dans *Revue du droit public*, 1913, t. XXX, p. 685-688.

2. Voy. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris,

pourtant, au travers de ces ambiguïtés et inconsistances, une diminution notable de la valeur technique, qu'on croyait pouvoir attendre du système des « constitutions rigides », pour faire échec à la technique même de la loi écrite. — En tout cas, à moins d'y trouver un élément franchement supérieur aux lois constitutionnelles elles-mêmes, et, comme on l'a dit, une « légitimité constitutionnelle »[1], — ce qui nous ramènerait à la suprématie directe et infrangible, *in parte qua*, du droit naturel[2], — il est clair que, si solides qu'on veuille les faire, ces droits de l'homme, étayés sur des textes, se heurteraient toujours à la volonté toute puissante du législateur constitutionnel, du moment qu'il serait fondé à les supprimer ou les énerver par des textes contraires[3].

Mais, une autre infirmité — celle-ci en quelque façon naturelle et irrémédiable — empêche le moyen des « constitutions rigides » d'obtenir tout son effet utile. C'est qu'aussi bien, sa mise en œuvre concrète se heurterait à une contradiction irréductible. — Il s'agit, en définitive, de faire échec aux excès possibles de la loi écrite, opérant

---

de Boccard, t. II, 1923, p. 159-160 (§ **17**); t. III, 1923, p. 562-567 (§ **89**). — A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, A. Pedone, 1912, p. 510, p. 513, et surtout p. 529-531, dont les développements fournissent à l'auteur la conclusion suivante : « Les grands principes de 1789, affirmés et développés en 1848, ne sont donc pas de vagues doctrines, d'un traditionnalisme utopique. Ce sont des règles d'ordre juridique, qui constituent le fond de notre législation positive ». — Comp. M. Réglade, *La Coutume en droit public interne*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1919, p. 251-257. — Voy. aussi : M. Wohlgemuth, *Des droits individuels et de leur garantie judiciaire spécialement contre le pouvoir législatif*, thèse de doct. Droit, Paris, 1905-1906, p. 128-146.

1. C'est l'opinion de M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 296-298 et p. 371-372. *Adde* : p. 57-58, p. 88-90. — Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, de Boccard, t. III, 1923, p. 555-556 (§ **88**); p. 659-660, p. 664, p. 668, p. 677, p. 679 (§ **98**); p. 750 (§ **101**).

2. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, n° **289**, p. 72-78.

3. Comp. J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, C. Heymann, t. I, 1904, p. 85 (§ **26**, I).

comme moyen technique, par un moyen technique semblable et entaché des mêmes faiblesses. Dès lors, ou bien, la loi constitutionnelle serrera de près les réalités; auquel cas, sa rigidité même formera obstacle à ce qu'elle traduise adéquatement le droit naturel, qu'elle prétend sauvegarder. Ou bien, elle s'efforcera de conserver les contours, quelque peu vagues et mous, des principes de justice, qu'elle synthétise; ce faisant, elle perdra, en efficacité pratique, ce qu'elle aura pu gagner en vérité théorique. — De fait, si nombre d'excellents esprits répugnent, chez nous, à reconnaître, dans la « Déclaration des droits de l'homme », une barrière vraiment efficace aux entreprises abusives du législateur, c'est qu'ils n'y voient qu'une formule dogmatique, dont la réalisation, proprement juridique, requiert des dispositions, plus concrètes et plus précises, qu'offre, sur certains points seulement, notre législation ordinaire[1]. N'y a-t-il pas, dans cette manière de voir, une étrange prétention de vouloir assujettir à un type, arbitrairement préconçu, l'expression de la volonté souveraine, et ne serait-il pas plus conforme à la vérité des choses, de reconnaître, dans les textes constitutionnels, quels qu'ils soient, les préceptes qu'ils portent, sauf à limiter leur effet à une action exactement proportionnée à la rigueur ou à l'élasticité de leurs formules? C'est ce que je penserais pour ma part[2]. — Pourtant, le succès

---

1. Voy. notamment : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 554, p. 558, p. 561-562. — R. Saleilles, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901-1902, t. XXXI, p. 244-246. — R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, 1922, p. 581-582 (§ **467**). — Comp. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 88-89. — Voy. aussi, comme appuyant cette manière de voir, les observations de Taine, *Les origines de la France contemporaine. La Révolution*, t. I, éd. in-8°, 1878, p. 274-275.

2. Voy. E. Thaller et Jalabert, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901-1902, t. XXXI, p. 250-252; p. 253. — Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1919, notamment nos **95-105**, t. I,

de l'opinion contraire, avec les motifs qui l'appuient, nous dévoile, du moins, l'écueil, en partie inévitable, auquel se heurte l'expression, difficilement adéquate, des principes supérieurs de justice, par lesquels on prétend contenir la liberté du législateur. Et, ici encore, nous serions ramenés, si nous voulions éluder complètement l'obstacle, à maintenir la supériorité inéluctable des principes idéaux, indépendants de toute formule textuelle[1].

Malgré tout, ce procédé des « constitutions rigides », judicieusement employé et interprété avec largeur, serait susceptible de certains effets utiles, si son application comportait une sanction efficace. Il faudrait pouvoir rendre effectivement obligatoires, pour ceux qu'ils tendent à brider, et qui s'avisent parfois de les méconnaître, les préceptes, revêtus de cette forme solennelle, qui prétend les placer au-dessus des atteintes de la loi ordinaire. — Plus généralement, il y a lieu de rechercher, comment on tempérera pratiquement le pouvoir brutal des lois écrites, en arrêtant leur action ou empêchant leurs effets, toutes les fois qu'elles tenteraient d'outrager la justice, de faire fi du donné objectif de la vie sociale, de passer outre aux injonctions ou prohibitions du droit naturel. C'est un nouvel ordre d'idées, complémentaire du précédent, — celui des moyens préventifs ou répressifs des abus possibles, — qui s'offre maintenant à notre examen.

---

p. 253-300. — Voy. encore L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, §§ **96-97**, p. 639-659.

1. Rappr. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 85, texte et note 2 (n° **291**). — Finalement, on arriverait, avec L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 553-556 (§ **88**), p. 659-660 (§ **98**), à distinguer quatre catégories de dispositions formelles, juridiquement obligatoires, et nettement hiérarchisées comme suit : 1°) lois ordinaires ; 2°) lois constitutionnelles rigides ; 3°) déclaration des droits (de 1789) ; 4°) principes supérieurs à toute législation écrite. — Sous une autre forme et avec d'autres expressions, M. Hauriou aboutit à des conclusions fort semblables.

292. — Or, il y a lieu d'observer, d'abord, que certaines règles, de la procédure ou de l'organisation constitutionnelles, peuvent intervenir, à titre de mesures préventives, pour faire obstacle aux excès des pouvoirs, législatif ou réglementaire, qui tendraient à méconnaître les droits supérieurs des sujets. — C'est ainsi, qu'en vertu des règlements intérieurs des Chambres législatives[1], confirmés par la coutume constitutionnelle[2], les présidents de ces Assemblées peuvent et doivent arrêter, au passage, les propositions, déposées devant celles-ci, qui apparaîtraient contraires aux principes constitutionnels ou à ceux qu'on leur peut assimiler, et, qu'en tout cas, pareilles propositions doivent être écartées, d'emblée, au moyen de la « question préalable »[3]. D'autre part, et une fois la loi

---

1. Il ne peut s'agir, ici, que de dispositions implicites des règlements des Chambres, résultant de la combinaison de quelques articles généraux relatifs aux pouvoirs du Président (art. 29, règlement du Sénat 31 mai-10 juin 1876, et art. 37, règlement de la Chambre des députés 4 févr. 1915), à la question préalable (art. 43, règlement du Sénat; art. 37, règlement de la Chambre), et à la censure avec exclusion temporaire, prononcée contre tout sénateur ou député, « qui aura, en séance publique,.... provoqué à la violation des lois constitutionnelles » (art. 119, al. 4, règlement du Sénat; art. 62-2°, règlement de la Chambre).

2. Sur la valeur juridique des pratiques et coutumes de la Constitution, dont les règlements intérieurs des Assemblées législatives ne sont que l'une des expressions, voy. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 268-270. — Rappr. ci-après, *Science et technique*, t. IV, p. 100, texte et note 4 (n° **293**).

3. Voy. une application concrète, signalée par L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. II, 1923, p. 492-493; et une autre, relativement à une proposition de referendum déposée, sur la question du relèvement de l'indemnité parlementaire, à la séance de la Chambre des députés du 23 mars 1920, *Journal officiel*, Chambre, Déb. parl., 1920, p. 683-684. — D'autres applications encore se sont produites, lors de la récente crise présidentielle, aux séances de la Chambre des députés, des 1er juin (Motion Cachin), 6 et 7 juin (Motions Cachin et autres), 1924, *Journ. offic.*, Chambre, Déb. parlem., Session ordinaire de 1924, p. 2226, p. 2273, p. 2277-2278. — *Adde :* A. Angleys, *Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif par l'intervention de l'autorité judiciaire*, thèse de doct. Droit, Grenoble, *1910*-1911, p. 47-

votée, le chef de l'État peut encore essayer de l'arrêter, en demandant, par un message motivé, une nouvelle délibération aux deux Chambres, conformément à l'article 7, alinéa 2, de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics. — Et, en ce qui concerne les actes réglementaires, il est bien certain, que la responsabilité, de ceux qui les édictent ou les contresignent, constituera aussi un frein sérieux, à l'encontre des prescriptions de cette sorte, qui menaceraient des libertés publiques tenues pour essentielles[1]. — On sent, toutefois, que ce ne sont là que des précautions, d'un emploi incertain et d'une efficacité douteuse, insuffisantes, à coup sûr, pour dresser une barrière infranchissable contre les dangers que nous prévoyons ici.

Si donc, en dépit des obstacles, plus théoriques que pratiques, qui semblent pouvoir parfois s'y opposer avec succès, une loi ou un règlement, positifs, nettement contraires au « droit supérieur », se trouvent avoir été portés, n'y aura-t-il pas des sanctions, vraiment répressives, capables de faire échec aux dispositions envisagées, et qui aboutissent à empêcher leur effet funeste, en maintenant, envers et contre toute formule écrite, les droits intangibles et sacrés? — Pareilles sanctions se conçoivent sous deux formes, supposant toutes deux l'intervention d'une autorité, fondée à imposer l'observation des limites dictées par le « droit supérieur ». D'une part, on peut imaginer un recours, formé directement contre la disposition abusive et tendant à la faire tomber ou à en paralyser *a priori* l'effet, en tout ou en partie. D'autre part, et

---

48. — H. Desfougères, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, thèse de doct. Droit, Paris, *1913*-1914, p. 31-32.

1. Voy., en ce qui concerne la responsabilité à raison des décrets : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 516 cbn. p. 133-136. — Et comp., sur la responsabilité civile des ministres et fonctionnaires administratifs, en général : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 265-267, p. 269-274, p. 277-295 (§ 72).

plus simplement encore, on admettrait, à l'encontre de toute tentative de mise à effet du texte critiqué, une exception d'invalidité fondamentale, qui en repoussât les conséquences, dès qu'elles essaieraient de se faire jour.

De fait, l'une et l'autre de ces sanctions se rencontrent, avec une portée, limitée par quelques exigences précises, mais au total à peu près suffisante, en ce qui touche les règlements, proprement dits, qui heurteraient des droits consacrés par une loi supérieure. — C'est, d'un côté, le recours pour excès de pouvoir, tel que l'a appliqué et développé la jurisprudence contentieuse du Conseil d'État, pour toutes les décisions émanées, non seulement des autorités administratives subordonnées, mais des agents directs du pouvoir exécutif, même pour les décrets en forme de règlements d'administration publique[1]. — C'est, d'un autre côté, l'exception d'illégalité, formellement reconnue par l'article 471, n° 15, du Code pénal, et mise sans conteste aux mains de l'autorité judiciaire, pour lui permettre, voire lui enjoindre, de refuser, par la voie de l'acquittement des prévenus de contravention aux règlements, l'application de ceux-ci, toutes les fois qu'ils se révèlent contraires à la loi qui les domine[2].

---

1. Conseil d'État, 6 décembre 1907, Grandes Compagnies de chemins de fer, *Sirey*, 1908.3.1, avec conclusions Tardieu et la note M. Hauriou. — L'évolution de jurisprudence administrative, qui a abouti à ce résultat, est nettement exposée par G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., Giard et Brière, 1914, p. 217-223. — Cons. aussi : G. Cahen, *Le Gouvernement législateur*. La loi et le règlement, thèse de doct. Droit, Paris, 1902-*1903*, p. 403-417. *Adde* : p. 417-420. — F. Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, Fontemoing, 1902, nos **190-206**, p. 283-317.

2. Voy. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 50-52 (§ **55**); p. 720-723 (§ **100**). — M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*. 1923, p. 131-132. — F. Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, Fontemoing, 1902, nos **175-177**, p. 260-266. — G. Cahen, *Le Gouvernement législateur*. La loi et le règlement, thèse de doct. Droit, Paris, 1902-*1903*, p. 369-382. — A. Rives, *L'exception d'illégalité*, thèse de doct. Droit, Paris, 1907-1908, p. 1-146. — M. Réglade, *L'exception d'illégalité en France*, dans *Revue du droit*

Mais les choses ne vont plus aussi simplement, en face de la loi proprement dite, qu'on s'aviserait de taxer d'atteinte aux principes supérieurs d'une équité, incontestable en soi, ou, du moins, consacrée en forme constitutionnelle. Ici, la majesté même du pouvoir législatif, dont émane la disposition critiquée, a paru devoir protéger absolument celle-ci contre tout recours direct, voire contre une exception susceptible d'en paralyser l'effet.

293. — Pourtant, il semble bien, que l' « exception d'inconstitutionnalité » pourrait être admise contre la loi rebelle au droit, dans une certaine mesure du moins, sans contredire aucun principe essentiel de notre droit public, mais, au contraire, de façon à assurer à celui-ci une garantie indispensable d'application. — Le pouvoir judiciaire, en effet, n'est-il pas absolument qualifié, pour démasquer, dans les affaires qui lui sont concrètement soumises, les dépassements évidents du pouvoir législatif et pour en écarter les conséquences pratiques, avec l'autorité relative attachée à la chose jugée? Et, ne remplit-il pas exactement sa mission propre, quand, reconnaissant, sur l'exception à lui soumise, que le texte légal, invoqué par une partie, contredit un principe de droit supérieur en force, signalé par la partie adverse, il refuse, en l'espèce, d'appliquer la loi plus faible, pour assurer le règne effectif de celle, qui doit légitimement l'emporter, comme on l'admet, sans conteste, pour « l'exception d'illégalité », opposée à l'application judiciaire des règlements [1]. — Vainement allègue-t-on, à l'encontre de pareille solution, le principe de la « Séparation des pouvoirs », sous le pré-

---

public, 1923, t. XL, p. 393-425. — Pour certaines applications intéressantes, cons. : Crim. rej., 5 août 1915, *Sirey*, 1916.1.173. — Notes M. Hauriou : 1° sous Conseil d'État, 7 novembre 1913 et 20 février 1914, *Sirey*, 1916.3.1 ; et 2° sous Trib. des conflits, 29 juillet 1916, *Sirey*, 1917. 3. p. 3-5.

1. Voy. ci-dessus : *Science et technique*, t. IV, p. 90, texte et note 2 (n° **292**).

texte d'écarter les empiètements du judiciaire sur le législatif. Ce principe n'est pas en cause, ou, plutôt même, bien compris, il ne peut que confirmer l'opinion présentée, puisqu'il ne s'agirait jamais, que de décisions particulières et concrètes, laissant intacte la disposition générale, envisagée comme telle, et n'excluant pas des décisions contraires pour l'avenir[1]. — En vérité, ce qui a fait écarter, par une ancienne doctrine, aujourd'hui fort ébréchée[2], et par les décisions les plus énergiques de nos tribunaux judiciaires[3], le bien fondé de l'exception d'inconstitution-

---

1. Comp., sur une question analogue : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, t. I, p. 210-212 (n° **85**).

2. Comme exposant et acceptant cette doctrine traditionnelle, on peut consulter : G. Aron, *Peut-on limiter le pouvoir législatif?* dans *La grande Revue*, août 1911, t. LXVIII, p. 745-768 et septembre 1911, t. LXIX, p. 86-108. — En fait d'autorités récentes, nous ne pouvons plus guère citer, à son appui, que : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, 1921, t. I, p. 537-538, p. 563, p. 592-600. — F. Larnaude, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901-1902, t. XXXI, p. 216-222. — R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, n° **151**, p. 454-456 ; t. II, 1922, nos **480-488**, p. 607-615. — F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9e éd., Recueil Sirey, 1921, nos **276-279**, p. 286-291, avec réserves des points de vue rationnel et expérimental. *Adde*, p. 462 (n° **472**).

3. Voy. notamment : Crim. cass., 11 mai 1833, *Sirey*, 33.1.357, dont la décision formelle a paru s'imposer, à tel point, que la question a été tenue pour tranchée définitivement et semble avoir été très rarement soulevée, depuis lors, devant les tribunaux. — *Adde* : Crim. rej., 3 janvier 1834, Vilette, *Sirey*, 34.1.371. — Cons. d'Ét., 23 mai 1901, Delarue, D. P. 1902.3.87. — Rappr. la jurisprudence, suivant laquelle la Cour de cassation annule et efface les motifs des décisions judiciaires, qui portent critique de la loi : Crim. cass., 13 juin 1879, *Sirey*, 79.1.385; 17 mai 1907, *Sirey*, 1908.1.249 et la note J.-A. Roux. — Voy. encore : Crim. rej., 22 octobre 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 1er sem., p. 420 et Civ. rej., 26 novembre 1903, *Gaz. Pal.*, 1904, 1er sem., p. 136, tout en observant que, dans les espèces tranchées par ces deux derniers arrêts, il ne s'agissait pas directement de méconnaissance des lois (de forme) constitutionnelles. — Finalement, la tendance de la jurisprudence française semble bien être de se refuser même le contrôle d'une complète régularité des formes de la procédure constitutionnelle. Cependant, on peut citer un arrêt, qui a cru devoir recon-

nalité, c'est moins la considération théorique de la « Séparation des pouvoirs », telle que l'entend notre droit public, que plutôt le sentiment, instinctif et vague, mais profondément ancré dans les esprits français, qu'en énervant, voire par de simples décisions concrètes et d'autorité relative, certaines dispositions légales, nos magistrats arriveraient, en fait, à tenir en échec la puissance suprême du législateur, et qu'ainsi le pouvoir judiciaire se trouverait, même remplissant strictement sa mission, supérieur au législatif, en qui les modernes veulent exclusivement maintenir la souveraineté[1]. — Du point de vue théorique, cette objection repose sur une conception de la souveraineté, absolue et indivisible, du Parlement, qui, contraire à notre constitution positive, ne saurait, par ailleurs, résister à une critique proprement scientifique [2]. — Mais, du point de vue pratique, elle a pu trouver quelque appui dans l'expérience américaine du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois, qui semble bien avoir amené certains abus, allant jusqu'à paralyser, en des points d'importance capitale, non-seulement la législation des États, mais la législation fédérale, voire parfois certains amendements à la constitution fédérale elle-même; à tel point,

---

naître formellement la constitutionnalité de l'article 8 de la loi du 9 août 1849 : Crim. rej., 15 mars 1851, D. P. 51.1.142.

1. Comp., F. Larnaude, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901-1902, t. XXXI, p. 222-229. Rappr. p. 216-222. — *Adde* : Saleilles, *ibid.*, p. 245-246. — Lévy-Alvarès, *ibid.*, p. 248-249. — F. Larnaude, *ibid.*, p. 256-257.

2. Contre la conception de souveraineté, voy. les fortes attaques de L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. II, 1923, §§ **10-12**, p. 93-123. *Adde* : t. I, §§ **44-55**, p. 393-493 ; t. III, §§ **1-9**, p. 1-93. — L. Duguit, *Souveraineté et liberté*, Paris, F. Alcan, 1922. — Et, dans le sens d'une conception, plus acceptable, que celle généralement admise, comp. : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 159-160; p. 219-224. — *Adde* : G. Davy, *Les théories contemporaines de la souveraineté*. M. Hauriou et la doctrine de l'institution, dans *Revue philosophique*, novembre-décembre 1923, t. XCVI, p. 422-449 ; — et : G. Davy, *Éléments de sociologie*. I. Sociologie politique, Paris, Delagrave, 1924, Première partie, p. 19-102.

qu'on a pu parler d'un « Gouvernement des juges », dominant aujourd'hui toute la politique des États-Unis de l'Amérique du Nord [1]. Il convient toutefois d'observer, que ces abus, qui ne se développent pas sans à-coups et sans résistances, n'empêchent pas les bienfaits du contrôle juridictionnel de constitutionnalité, dont les Américains persistent à défendre et à louer le principe [2]. Contre les abus, en effet, divers remèdes ou correctifs se conçoivent, que la législation, la pratique et la politique des États-Unis ne se lassent pas d'élaborer, suivant les circonstances les plus urgentes du moment [3]. — On a fait justement

1. Voy. surtout l'important travail d'Ed. Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Marcel Giard et Cie, 1921 ; et, sur cet ouvrage : L. Le Fur, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1922, t. XXXIX, p. 306-314 ; — J. Valéry, dans *Revue générale du droit*, 1921, p. 290-293. — *Adde* : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 586-591. — H.-B. Fagan, *Le juge créateur de droit aux États-Unis*, thèse de doct. Droit, Lyon, 1922. — G. Davy, *Éléments de sociologie*. I. Sociologie politique, Paris, Delagrave, 1924, p. 62-63. — Et, à titre d'exemples : *Décisions de la Cour suprême des États-Unis rendues pendant l'année 1920 et déclarant inconstitutionnelles des lois fédérales ou des États*, résumées dans *Annuaire de législ. étrang.*, 1921, t. XLVIII, p. 356-358. — *Adde* encore : Ed. Lambert, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1922, t. LI, p. 67-68.

2. Voy., notamment : J. Bryce, *La République américaine*, 2e éd. franç., t. I, Paris, Giard et Brière, 1911, chap. XXII-XXIV, p. 337-405. — J.-M. Beck, *La constitution des États-Unis*, trad. J. Charpentier, Paris, A. Colin, 1923, chap. IV, p. 129-160. — Ch. Grove Haines, *The american doctrine of judicial Supremacy*, New-York, Macmillan, 1914. — W. F. Dood, *The United States' Supreme Court as the final Interpreter of the Federal Constitution*. — *Adde* : le témoignage de L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 678 (§ 98).

3. Voy. notamment : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 595, note 86. — Ch. Grove Haines, *The american doctrine of judicial Supremacy*, 1914, p. 341-348. — Ed. Lambert, *Le Gouvernement des juges*, chap. VI, section II, p. 76-80 ; chap. VII, p. 92-108 ; chap. X, p. 177-219. — *Adde* : J.-W. Garner, *La révocation des agents publics par le peuple aux États-Unis*, dans *Revue du droit public*, 1920, t. XXXVII, p. 507-520.

observer, d'ailleurs, que la forte organisation de notre régime administratif français et les pouvoirs importants, qu'il confère à l'exécutif, formaient un préservatif énergique contre les excès reprochés aux juges des États-Unis[1]. A quoi l'on peut ajouter aussi, que le recrutement, l'organisation hiérarchique et les traditions de notre magistrature, tenant celle-ci dans une dépendance, plutôt excessive, des autres pouvoirs[2], la prémunissent assez contre le danger d'empiètement sur les sphères législative ou réglementaire. — Tout compte fait, et sans contester la possibilité de certains inconvénients éventuels, auxquels n'échappe aucune institution humaine, il reste acquis, aux yeux des jurisconsultes, qui suivent le sens d'une modernité inéluctable, que « l'exception d'inconstitutionnalité », dont les États-Unis de l'Amérique du Nord n'ont pas le monopole exclusif, et qui a pénétré en plusieurs pays de l'ancien comme du nouveau monde, régis par des principes de droit public analogues aux nôtres[3], est en

1. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 313-317.

2. Voy., en vue de réagir contre cette dépendance, les propositions, audacieuses et avisées, de M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 315, note 1.

3. Voy. quelques indications, dans A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 591-592, texte et notes 72 à 77; dans L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 674-675 et p. 680-681; et dans M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1916, p. 689, texte et note 3. — *Adde*, pour la jurisprudence grecque : *Revue du droit public*, 1905, t. XXII, p. 481 et 1906, t. XXIII. p. 794; pour la jurisprudence roumaine : Trib. d'Ilfov (Bukarest), 2 février 1912 (affaire des tramways de Bukarest), *Sirey*, 1912.4.9 avec note H. Berthélemy, et Cour de cassation de Roumanie, 16 mars 1912, *Sirey*, 1912.4.28. *Adde : Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 138-156; pour Cuba : L. F. Marcane, *Contribucion al estudio de la doble nacionalidad de los Hijos de Españoles nacidos en America*, La Habana, 1924, *passim*. — Et, sur la Cour suprême fédérale du Mexique : G. Aron, dans *La grande Revue*, septembre 1911, t. LXIX, p. 95-97. — *Adde* encore quelques renseignements d'ensemble dans V. Clappier (Les lois inconstitutionnelles et le pouvoir judiciaire), *Le Droit*, numéro du vendredi 19 décembre 1902, p. 1234, col. 2.

parfaite harmonie avec les bases essentielles de la Constitution française et doit entrer quelque jour dans notre pratique. — C'est ce que marque le mouvement le plus récent de la doctrine française[1], appuyé par quelques décisions des plus hautes juridictions administratives[2], sinon encore par les impressions, imparfaitement définies, de tels monuments de la jurisprudence proprement judiciaire[3].

1. Sur ce mouvement, cons. : 1° Ed. Lambert, *Le Gouvernement des juges*, 1921, p. 4-5 et p. 6, qui se réserve manifestement ; 2° L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 670-675, qui s'associe décidément au mouvement. — *Adde* encore : M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, 1916, p. 644-645, p. 688-691 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 317-322. — Voy. aussi : G. Cahen, *Le gouvernement législateur*. La loi et le règlement, thèse de doct. Droit, Paris, 1902-1903, p. 382-402. — A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Pedone, 1912, p. 9, p. 487-493, p. 583-584.

2. Voy. notamment : Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, Pelletier, *Sirey*, 1874.2.28, suivant l'interprétation de L. Blum (p. 44, col. 2), dans conclusions sur Conseil d'État, 26 juillet 1918, Lemonnier, approuvée par M. Hauriou (dans sa note), *Sirey*, 1918-1919.3.41. — Conseil d'État, 7 août 1909, Winkel, en *Sirey*, 1909.3.145 et 1er mars 1912, Tichit, en *Sirey*, 1913.3.137, avec les notes de M. Hauriou. — *Adde* : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 318-321 et p. 135, note 2.

3. On a pu se demander, en face de certaines « constructions », particulièrement hardies, des arrêts, pour échapper aux termes, assez limpides, de la loi, si elles ne révélaient pas, de la part des juges, une répugnance, plus ou moins consciente, à appliquer des dispositions contraires à un « droit supérieur ». C'est ce qui a été soutenu par G. Renard (Cours de droit public, du 21 avril 1923, à la Faculté de droit de Nancy), à propos d'un arrêt, singulièrement osé, de la Cour de Nancy, en date du 28 janvier 1914 (Ville de Nancy contre l'État), arrêt d'ailleurs cassé par Civ. cass., 16 janvier 1923 (voy. les deux arrêts dans *Gaz. Pal.*, 1923, 2e sem., p. 460). Ainsi, pourrait également s'expliquer l'interprétation, juridiquement téméraire, donnée, à l'article 445, alinéa 6, du Code d'instruction criminelle, par l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation, du 12 juillet 1906, qui a mis fin, juridiquement parlant, à l'affaire Dreyfus, au moyen d'une cassation sans renvoi du jugement du Conseil de guerre de Rennes, du 9 septembre 1899 (*Sirey*, 1907.1.49, avec la note critique de J.-A. Roux). — Dans une ambiance, toute différente, nous avons vu

Reste encore à savoir, — et c'est un point trop peu approfondi jusqu'ici, — sur quelles bases précises nos tribunaux pourront accueillir cette exception notable, tendant à paralyser une loi écrite invoquée devant eux. — On l'admettra assez aisément, au cas de défaut d'une promulgation régulière de celle-ci, empêchant formellement sa mise en vigueur [1]. — Sans doute, encore, quand on pourra relever un manque de formes essentielles dans sa confection parlementaire [2], bien qu'ici des objections aient été soulevées par ceux qui pensent, que la promul-

---

un grand nombre de tribunaux, s'appuyant fortement sur les principes du droit commun, lutter avec énergie, pour limiter les restrictions arbitraires, qu'apportaient les articles 7, alinéa 2 et 9, alinéa 3, de la loi du 9 décembre 1905, concernant la Séparation des Églises et de l'État, à l'exercice des réclamations, émanées des familles des auteurs de fondations religieuses, compromises par les attributions autoritaires de cette loi (voy. notamment les notes A. Tissier, en *Sirey*, 1907.2.185 et 1908.2.41). Et, il n'a fallu rien de moins que l'expédient, fort sujet à critique, d'une loi interprétative (loi du 13 avr. 1908, sur laquelle voy. surtout J. Barthélemy, *De l'interprétation des lois par le législateur*, dans *Revue du droit public*, 1908, t. XXV, p. 456-500), pour faire obstacle au développement d'une jurisprudence, manifestement inspirée d'une justice supérieure, et qui, tout en s'inclinant devant les injonctions formelles du législateur (voy. les décisions rapportées en *Sirey*, 1908.2.241 avec note A. Tissier), a su encore assigner de justes bornes à l'interprétation draconienne, légalement formulée en 1908 (voy. Bourges, 13 févr. 1911, *Sirey*, 1912.2.140; Civ. cass. et Civ. rej., 3 juill. 1911, *Sirey*, 1912.1.190; Amiens, 15 déc. 1908, *Sirey*, 1909.2.81 et note Tissier. — Mais voy. Civ. rej., 29 mai et Civ. cass., 30 mai 1911, *Sirey*, 1911.1.153, avec note critique A. Tissier). — Comp., sur le conflit de la jurisprudence et de la loi, à propos des articles 56-59 de la loi sur les loyers du 9 mars 1918 : Ed. Lambert, dans *Le Moniteur judiciaire de Lyon*, numéro du 18 juin 1920, p. 315-321. — *Adde* encore : J. Leblanc, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*, thèse de doct. Droit, Paris, 1924, qui étudie, de près, la jurisprudence française.

1. Voy. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, nos **143-145**, p. 429-440 et n° **150**, p. 451-454; et, plus nettement: H. Nézard, note ajoutée à : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd., t. I, 1921, p. 598-599.

2. Voy. F. Larnaude et R. Saleilles, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901-1902, t. XXXI, p. 220-221, p. 244. — *Adde* : H. Nézard, *loc. supra cit.*

gation régulière, œuvre du pouvoir exécutif, doit couvrir, aux yeux des juges, d'une sorte de présomption irréfragable, tous les vices de la procédure antérieure [1]. — Mais, si les formes de la procédure constitutionnelle peuvent passer pour des garanties d'une législation conforme à la justice [2], il est fort rare qu'elles soient négligées ; et ce serait assigner un bien maigre champ à l'exception d'inconstitutionnalité que de la limiter à ce domaine [3]. — Aussi, le débat, véritablement intéressant, porte-t-il seulement sur son admission, au cas de textes légaux, dont la régularité de forme n'est aucunement contestée, mais qui contrediraient un principe de fond consacré par un « droit supérieur ». Lorsque pareil principe est nettement formulé en un texte de « constitution rigide », les développements, présentés plus haut, nous conduiront sans peine à reconnaître le bien fondé de l'exception [4]. Placé en présence de deux textes, d'inégale valeur, qui se heurtent visiblement, le juge remplit son rôle, en faisant prévaloir le plus fort. La même solution paraît s'imposer, en face d'une loi, qui foule aux pieds un droit proclamé par la Déclaration de 1789, du moment qu'on rattache celle-ci à la « superlégalité contitutionnelle [5] », sinon même à une catégorie plus élevée [6], en observant seulement, qu'en fait, les droits.

1. Voy. notamment R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, 1920, n° **151**, p. 454-456.

2. Comp. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 79-80 (n° **290**).

3. Comp. R. Saleilles, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901-1902, t. XXXI, p. 244. — L. Le Fur, dans *Revue du droit public*, 1922, t. XXXIX, p. 314.

4. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 82-83 (n° **291**). — C'est ce qui semblerait résulter logiquement de cette affirmation d'un arrêt, déjà ancien, de la cour d'Orléans, 9 janvier 1838, D. P. 38.1. 145 : « il est de principe qu'une loi ne peut implicitement détruire l'effet d'une disposition de la Constitution ».

5. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 83, texte et note 2 (n° **291**).

6. Comp. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 84, texte et notes 1 et 2 (n° **291**).

ainsi proclamés, manquent souvent de contours précis et qu'il en faudrait une méconnaissance brutale, pour exposer la loi au reproche d'injustice foncière. — Mais, on peut songer à aller plus loin encore et à valider le contrôle de la loi écrite par le juge, même quand elle ne heurterait que des principes non écrits dans la Constitution ou dans les Déclarations de droits qui la complètent, si ces principes sont manifestement au-dessus de la puissance législative, soit à titre de « légitimité constitutionnelle », suivant la conception de M. Hauriou[1], soit comme représentant « la règle de droit » supérieur, fondée sur la « solidarité sociale », d'après les idées de L. Duguit[2], soit simplement comme expression du droit naturel, dans la théorie traditionnelle, telle qu'elle paraît encore devoir être maintenue[3]. Et, à la vérité, la logique des choses semble nous entraîner à cette conséquence, surtout dans un système d'interprétation, qui cherche à reconnaître le plus large champ à l'appréciation judiciaire[4]. Je crois pourtant qu'il faut très décidément résister à cet entraînement. Car, si nous admettions, que le juge pût éluder la loi écrite en vigueur, sous prétexte d'un droit supérieur, que lui révélerait sa conscience, fût-elle même

---

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV. p. 85, texte et note 1 (n° **291**). — *Adde* : M. Hauriou, note sous Conseil d'État, 1er mars 1912 (aff. Tichit), où il propose de reconnaître au juge le pouvoir de discerner des *lois fondamentales*, que ne pourraient atteindre les lois ordinaires. Comp. M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., 1916, p. 690-691. — Et, rappr. une autre distinction, entre les lois (au point de vue du mode de leur exécution), proposée par M. Hauriou, sous Conseil d'État, 6 août 1915, *Sirey*, 1916.3.9.

2. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 84, texte et note 2 (n° **291**) ; — et, spécialement, L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 659-660 (§ **98**).

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915. — *Adde*, ci-dessus. *Science et technique*, t. IV, p. 67-68 (n° **287**) ; p. 69-70 (n° **288**) ; p. 72 (n° **289**).

4. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919.

guidée par des critères objectifs, nécessairement limités et flottants, nous abandonnerions, de gaieté de cœur, le principe directeur, fermement posé au seuil du problème[1], et nous ouvririons la voie à tous les dangers, de subjectivisme arbitraire et d'insécurité fondamentale des situations juridiques, que ce principe a pour but d'écarter. La suprématie du « droit naturel », quand il n'est pas revêtu d'une forme technique (loi écrite ou constitution), ne peut trouver sa défense en un moyen essentiellement technique. Il n'est pas dépourvu de tout secours : il lui reste, éventuellement, la sanction désespérée de la « résistance à l'oppression », qui nous fait entrer dans une phase révolutionnaire et nous conduit aux dernières extrémités de la défense du droit[2]. Mais le moyen, régulier, de « l'exception d'inconstitutionnalité », ne peut, si large qu'on le comprenne, s'appuyer que sur un principe reconnu dans la forme des sources constitutionnelles du pays[3]. Même ainsi limité, il sera difficile à faire accepter de nos tribunaux judiciaires. Leur proposer une appréciation, plus large encore, et qui fasse appel à une équité sans précision positive, serait aller au devant d'un échec certain. La raison et l'opportunité se rencontrent donc, pour nous recommander de cantonner la portée de l' « exception d'inconstitutionnalité » au domaine de la forme et des préceptes de fond, qui se dégagent, tant de notre constitution écrite, que de la déclaration des droits qui la complète ou la domine, en ajoutant éventuellement encore les conclusions certaines, que fournirait une pratique ou coutume constitutionnelle, dûment établie[4].

---

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 74-78 (n° **289**).
2. Voy. ci-après : *Science et technique*, t. IV, n^os^ **296-297**, p. 112-125.
3. Comp. F. Larnaude, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1901-1902, t. XXXI, p. 256.
4. Comp. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 268-270, qui n'admet pas (p. 270-1° et note 3) que les

C'est, à peu près, dans ces termes typiques, — dont le développement varie naturellement avec les conditions locales, — que l' « exception d'inconstitutionnalité » fonctionne, de façon satisfaisante, dans les pays, qui en acceptent le principe, notamment dans la grande République des États-Unis de l'Amérique du Nord, où s'en offre le modèle le plus achevé. Et, sauf les particularités résultant du caractère de l'État fédéral et des complications de législation ou de juridiction qu'il entraîne, ce sont, en principe, tous les tribunaux des États-Unis, dans la mesure de leur compétence et avec la diversité de portée s'attachant à leurs décisions respectives, qui ont mission de l'apprécier et de l'appliquer, s'il y a lieu, dans les procès qui leur sont soumis [1]. — Il en devrait être de même en France, dans l'état actuel des choses, où l'exception d'inconstitutionnalité apparaît justifiée par la mission propre de l'autorité judiciaire, au regard des autres pouvoirs [2].

Toutefois, ceux qui, du point de vue de la constitution actuelle de la France, nient ou contestent sa compétence à cet égard, ceux qui prennent pour base la jurisprudence judiciaire effectivement établie en sens contraire, ceux encore qui redoutent le défaut d'indépendance ou la timidité des juges ordinaires, pour faire valoir un moyen qui n'est pas sans danger au point de vue politique, ont volon-

---

coutumes constitutionnelles soient applicables par le juge. — Voy., comme décidément contraire au droit constitutionnel coutumier : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Recueil Sirey, t. II, 1922, p. 582, note 10. — Mais voy. une opinion, nettement opposée, chez L. Rolland (Le projet du 17 janvier et la question des « décrets-lois »), dans *Revue du droit public*, 1924, t. XLI, p. 49, texte et notes 3-4 ; p. 53-54. — *Adde* : G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924, p. 317, note 1 ; p. 323.

1. Cons. notamment : A. Le Brun, *L'inconstitutionnalité des lois aux États-Unis*, thèse de doct. Droit, Paris, *1899*-1900. — Robillard de Magnanville, *Le pouvoir judiciaire aux États-Unis*, thèse de doct. Droit, Paris, *1909*-1910.

2. Comp. H. Desfougères, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, thèse de doct. Droit, Paris, *1913*-1914.

tiers proposé l'institution d'une Cour suprême spéciale, constituée, soit par des éléments empruntés à l'organisation judiciaire générale, soit au moyen d'éléments distincts, qui aurait pour mission propre de trancher, toujours en forme judiciaire, les conflits soulevés, en des procès quelconques, par la contradiction de la loi ordinaire avec les principes constitutionnels[1]. — Pareille institution, qui exigerait une réforme, législative, sinon constitutionnelle, semble franchement inutile[2]. Il suffit que nos tribunaux consentent à user du pouvoir, qu'on est à peu près d'accord pour leur reconnaître; et, il n'est pas mauvais, pour le rehaussement même de notre justice, que l'exception d'inconstitutionnalité, simple moyen de vérifier la validité d'une loi qu'il s'agit d'appliquer, puisse être proposée et admise, avec son effet relatif, à tous les degrés de la hiérarchie judiciaire[3].

294. — Si l'on voulait dépasser cette portée relative, attachée à l'exercice d'un pouvoir proprement judiciaire, il faudrait organiser un recours direct contre la loi, prétendue inconstitutionnelle, ou contrariant les principes supérieurs du droit naturel. Pareil recours supposerait — pour en assurer l'appréciation légitime — l'institution d'un corps politique plutôt que judiciaire, ou, si l'on veut,

---

1. Voy., notamment, les propositions Ch. Benoist (proposition de loi) et Jules Roche (proposition de résolution), déposées, à la Chambre des députés, respectivement les 28 janvier et 28 février 1903, dans *Journal officiel de la République française*. Chambre, doc. parl., sess. ordin. de 1903, p. 99 et p. 97.

2. Voy., en sens contraire, les observations de G. Picot, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900, t. XXIX, p. 74-76.

3. Dans le même sens : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 664-674 (§ **98**). — Rappr. V. Clappier, *Les lois inconstitutionnelles et le pouvoir judiciaire*, discours prononcé, à la Conférence des avocats à la Cour de cassation, le 13 décembre 1902, dans *Gaz. Trib.*, du 19 décembre 1902, ou *Le Droit* des 18-19-20 décembre 1902.

d'un corps doué d'une mission d'interprétation du droit objectif, mais assez élevé, par son origine, pour dominer efficacement le pouvoir proprement législatif, en réalité, d'un corps de contrôle et d'équilibre politique, alors même qu'on le colorerait d'une apparence de juridiction. Ce ne serait pas la Cour suprême des États-Unis, ou la Cour suprême, ayant pour mission spéciale de statuer sur les exceptions préjudicielles d'inconstitutionnalité, qu'on a songé à introduire chez nous, à l'image, plus ou moins ressemblante, de la précédente[1], mais conservant, comme elle, un but et une fonction strictement judiciaires. Ce serait une Assemblée politique, s'ajoutant aux autres, pour les contrôler et arrêter, au besoin, leurs décisions[2].

Telle était la « jurie constitutionnaire », proposée, en l'an III, par Sieyès, mais non accueillie alors par la Constitution[3]. Tel fut, avec des pouvoirs plus larges encore, le « Sénat conservateur » de la Constitution du 22 frimaire an VIII[4]. Tel aussi, dans une mesure restreinte, le Sénat de la Constitution impériale du 14 janvier 1852 (jusqu'au

---

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 102, texte et note 1 (n° **293**).

2. Il ne faut donc pas confondre cette institution d une Assemblée politique, chargée d'apprécier les lois, et, au besoin, de les annuler, *in abstracto* et *erga omnes*, avec celle d'une Cour suprême spéciale, investie de la mission de statuer, *in concreto* et relativement à certaines personnes, sur l'exception d'inconstitutionnalité. Cette confusion paraît commise par L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 664-667 (§ **98**). — Il est vrai, qu'en fait, une juridiction de cette dernière sorte pourrait aisément prendre un aspect politique. Voy. V. Clappier (Les lois inconstitutionnelles et le pouvoir judiciaire), dans *Le Droit*, du samedi 20 décembre 1902, p. 1237, col. 4, *in fine*.

3. Voy. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 597. — G. Aron, dans *La Grande Revue*, août 1911, t. LXVIII, p. 756-759.

4. Voy. A. Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 597-598. — G. Aron, dans *La Grande Revue*, août 1911, t. LXVIII, p. 760-762. — H. Trouillard, *Le Sénat conservateur du Consulat et du premier Empire*. Ses attributions, son rôle, thèse de doct. Droit, Rennes, *1911*-1912. — J. Thiry, *Les attributions du Sénat du premier Empire concernant la justice et les droits individuels*, thèse de doct. Droit, Paris, *1922*-1923.

sénatus-consulte du 21 mai 1870)[1]. — L'expérience de ces Assemblées n'a pas été heureuse. Faute de moyens directs d'action, par indolence ou par bassesse, elles n'ont pas réellement rempli le rôle spécifique, qui leur incombait, et n'ont offert aux citoyens qu'une illusion fallacieuse de garantie de leurs droits essentiels. De fait, dans les idées modernes, plus fortes que toutes les théories, aucun corps, si autorisé qu'il paraisse, ne peut tenir en échec la souveraineté nationale, résidant dans les Chambres législatives, surtout dans la Chambre des députés. Et, l'on ne voit guère que l'intervention populaire directe, organisée en referendum spécial[2], qui soit capable de contrôler, avec quelque chance de succès, les lois proprement dites.

En tout cas, nous n'avons actuellement, en France, aucune institution de ce genre[3]. Car, on ne peut envisager comme telle, ni le misérable résidu de veto suspensif, que laisse au chef de l'État l'article 7, alinéa 2, de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, ni les facultés restreintes

---

1. Voy. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 598. — Il y a eu, sous le second Empire, quelques tentatives d'indépendance, basées sur les prérogatives du Sénat. Voy., à propos de la loi de sûreté générale, l'incident Mac-Mahon, à la séance du Sénat du 25 février 1858, dans *Procès-verbaux du Sénat* (du second Empire), 1858, p. 169-172; — et, au sujet du projet devenu la loi du 16 mai 1866, relative aux instruments de musique mécaniques, la proposition Mérimée, d'après *Le Moniteur universel* du 8 juillet 1865, p. 1003, col. 6 et p. 1004, col. 1-2. — Sur l'effacement du Sénat du Second Empire, voy. P. de la Gorce, *Histoire du second Empire*, t. II, Paris, Plon, 1894, p. 31-34.

2. Sur le *referendum*, cons. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 603-607.

3. Comp., pour la Suisse : G. Bègue, *Étude sur le tribunal fédéral suisse et spécialement sur les recours pour violation des droits individuels*, thèse de doct. Droit, Paris, 1902-*1903*. — F. Bergoënd, *Étude sur les recours de droit public au tribunal fédéral suisse*, thèse de doct. Droit, Lyon, *1904*-1905. — *Adde* : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 593-595, texte et notes 81-83 et A. Souriac, *L'évolution de la juridiction fédérale en Suisse*, thèse de doct. Droit, Toulouse, *1909*-1910.

d'ajournement des Assemblées (loi du 16 juill. 1875, art. 2, al. 2) ou de dissolution de la Chambre des députés (loi du 25 févr. 1875, art. 5), consacrées par la Constitution. Et, si l'on a vu notre Conseil d'État — par voie d'annulation d'une décision ministérielle — passer outre à une délibération des deux Chambres, ayant refusé d'inscrire au budget un crédit nécessaire pour l'exécution d'obligations assumées solennellement par l'État français, et condamner celui-ci à payer sa dette, en dépit de cette suppression de crédit[1], il reste manifestement impossible, dans l'état actuel de notre droit constitutionnel et administratif, d'envisager, comme valable et pouvant aboutir à son annulation effective, un recours pour excès de pouvoirs, dirigé contre une loi, même évidemment contraire au droit[2].

295. — En dehors de ces répressions, proprement dites, de l'outrage au « droit supérieur », qui émanerait de l'acte législatif ou réglementaire, on peut songer à une institution, qui, sans constituer un moyen direct de paralyser le texte critiquable, jouerait, du moins, à son égard, le rôle d'un correctif, parfois assez grave pour protéger indirectement, en quelque mesure, le droit naturel contre les excès de la loi positive : la responsabilité de l'État à raison des lois ou des règlements qu'il impose.

Je n'entends pas parler ici de la responsabilité personnelle, que l'on puisse concevoir contre les auteurs de ces actes. Pareille sanction n'est pas admissible, du moins sous sa forme proprement juridique, et dans l'état de notre organisation constitutionnelle, à l'encontre des députés

---

1. Conseil d'État, 8 août 1896 (Fabrique de Saint-Jean de Maurienne), dans *Recueil*, 1896, p. 663. — Conseil d'État, 1er juillet 1904 (Fabrique d'Annecy), dans *Recueil*, 1904, p. 533.

2. Comp. G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., Paris, Giard et Brière, 1914, p. 207-211, p. 222-223, qui regrette manifestement cette absence de contrôle.

ou sénateurs, qui ont participé à la confection de la loi proprement dite [1]. Et, si elle se conçoit mieux à l'égard de certains agents administratifs, de qui émanent les règlements, elle est tellement énervee, quant à eux, par ce qui subsiste dans notre droit public de la « garantie administrative des fonctionnaires », qu'on ne peut guère la considérer que comme une menace vague, rentrant dans les moyens préventifs d'une législation, contraire au droit, parmi lesquels nous l'avons signalée [2].

Mais, à cette place, nous rencontrons la question de la responsabilité de l'État lui-même, en raison des actes, provenant du pouvoir législatif, et nous voulons savoir si et dans quelle mesure cette responsabilité est engagée, quand les lois ou règlements se heurtent manifestement au droit supérieur, qu'ils devraient toujours respecter.

Depuis quelque vingt ans, on a beaucoup discuté la « Responsabilité de l'État législateur », et l'on est arrivé déjà à en fixer certains traits intéressants. Mais, l'on s'est rarement placé au point de vue, qui doit être ici spécialement le nôtre. — On a généralement examiné le cas d'actes législatifs, portant atteinte à des intérêts privés traduits en droits subjectifs, sans supposer toutefois que la loi examinée fût, en elle-même, contraire au droit supérieur [3]. Quand cette dernière circonstance se présente, en effet,

---

1. Voy. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 7e éd. H. Nézard, t. I, 1921, p. 444-456. — P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*, p. 464.

2. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 89, texte et note 1 (n° **292**).

3. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 515 comp. p. 532 (§ **86**), signale la distinction et annonce qu'il étudiera spécialement la question de responsabilité de l'État, en cas de méconnaissance du droit supérieur par la loi, dans son chapitre VI. Mais ce dernier chapitre ne contient rien de précis à cet égard. — L'aspect spécial du problème, signalé au texte, est envisagé aussi par G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., Giard et Brière, 1914, p. 214, note 2, *in fine*, et note 3, *in fine*

la question de la responsabilité de l'État s'efface derrière celle de la validité même de la loi, qui la domine, et l' « exception d'inconstitutionnalité » apparaît, comme sanction adéquate et directe, fort supérieure à une action en dommages-intérêts[1]. Mais, nous savons que « l'exception d'inconstitutionnalité » est loin d'être reconnue comme légitime par l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence françaises actuelles[2]. Alors même qu'on en admet la possibilité, en droit, ses conditions d'application manqueront parfois, en fait. Ou bien encore, on préférera, pour des motifs plus ou moins contingents, ne pas s'en prévaloir. — Dans ces hypothèses, la responsabilité civile et pécuniaire de l'État montre tout son intérêt propre. Sans compter qu'elle peut intervenir utilement, à côté même et en plus de l'invalidité de la loi supposée reconnue, pour réparer les dommages, que l'application de celle-ci aurait occasionnés dans le passé. — Il est certain, par ailleurs, que cet aspect du problème de la responsabilité de l'État, du chef de la contrariété reconnue entre la loi positive et le droit supérieur, s'il offre des traits spécifiques, puise néanmoins ses éléments de décision dans le problème générique de la « Responsabilité de l'État législateur », tel qu'il a été envisagé jusqu'ici [3].

Pendant longtemps, on avait écarté, presque sans discussion, l'idée même d'une responsabilité quelconque de l'État, du chef des actes législatifs[4]. En effet, pareille

---

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, n° **293**, p. 91-102.

2. Ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 91-96 (n° **293**).

3. On pourra rapprocher, de l'évolution d'idées, qui va suivre, celle, qui s'est produite, dans un domaine parallèle, au sujet de la responsabilité de l'État, en matière de dommages de guerre, sur laquelle voy. notamment : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, § **87**, p. 532-546. — Les deux questions sont voisines. Mais les principes de leur solution restent distincts.

4. Voy. notamment : E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1re éd., 1888, 2e éd., 1896, t. II, p. 12-15. — L. Michoud (De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents), dans *Revue du droit public*.

responsabilité semblait absolument incompatible avec le dogme, alors régnant, de la souveraineté étatique, qui trouvait son application la plus énergique dans l'exercice du pouvoir législatif et n'y était même pas entravée par la faible barrière des droits individuels[1]. — Mais, à mesure que la souveraineté de l'État perdait de son prestige en théorie et se trouvait entamée en pratique, à mesure aussi que la notion de responsabilité s'objectivait par la substitution de l'idée de risque à celle de faute, à mesure surtout qu'on sentait la nécessité d'étendre « l'égalité de tous les sujets en face des charges sociales » jusqu'à une sorte d'assurance mutuelle contre les risques résultant du jeu même de la Société, on arrivait à reconnaître, qu'en certains cas, l'émission d'une règle générale, même profitable à tous, causait à certains, en particulier, un préjudice immérité, dont réparation devait leur être fournie par la collectivité[2]. — C'est ainsi, qu'on admet assez aisément la responsabilité de l'État, du fait des lois ou règlements, qui entameraient ou aggraveraient une situation, résultant, pour les individus ou personnes morales, d'un contrat ou d'un acte juridique analogue engageant l'État. Et, l'on peut

---

1895-2°, t. IV, p. 254-255 (n° **38**). Comp. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Pichon et Durand-Auzias, t. II, 1909, p. 259 et p. 261, texte et note 1 ; p. 271. — Voy. aussi G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 216, texte et note 3 ; p. 217, note 3.

1. Aussi L. Michoud (*loc. cit.*, dans *Revue du droit public*, 1895-2, t. IV, p. 255), déclare-t-il « que la question de responsabilité pour faute pourrait, au contraire, se poser, à l'égard du pouvoir législatif comme à l'égard des autres pouvoirs de l'État, dans les constitutions qui admettent, comme celle des États-Unis, une limite constitutionnelle aux pouvoirs du législateur, et qui placent cette limitation sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire ».

2. Voy., comme représentant assez bien cette seconde phase de la doctrine moderne : P. Tirard, *De la responsabilité de la puissance publique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1905-1906, p. 150-153 et p. 236-240. — G. Teissier, *Responsabilité de la puissance publique* (extrait du *Répertoire de droit administratif* de Béquet et Laferrière, 1906), nos **17-28**.

invoquer, pour cette hypothèse, l'autorité de certains arrêts du Conseil d'État[1]. A part même une situation subjective de cette sorte, si quelqu'un s'est constitué, par son activité propre, une source de profits, que viendrait lui enlever un monopole d'État ou toute autre disposition collective résultant de la loi, certains juristes d'avant-garde admettent encore la responsabilité de l'État, sauf à faire une réserve, qui paraît insuffisamment justifiée, pour les cas, où l'activité, ainsi supprimée ou enlevée au domaine de la libre concurrence, aurait un caractère illicite, parce qu'elle aurait été reconnue mauvaise pour la collectivité[2]. D'autres variantes sont, d'ailleurs, concevables et ont été proposées, pour la détermination de ces cas de responsabilité de l'État législateur[3], dont le principe doit s'appliquer aux règlements comme aux lois

---

1. Voy. notamment, Conseil d'État, 6 décembre 1907 (Grandes Compagnies de chemins de fer contre l'État), avec conclusions Tardieu, *Sirey*, 1908.3.1, et la note de M. Hauriou. — Comp. Conseil d'État, 4 février 1910 (Compagnie du chemin de fer métropolitain de Paris), et 11 mars 1910 (Compagnie générale française des tramways), *Recueil* de Lebon et autres, 1910, p. 97 et p. 216. — Dans le sens d'une explication de ces arrêts, écartant le principe de la responsabilité de l'État législateur, voy. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1920, p. 216-223 (n° **76**). Cet auteur reste fidèle à la théorie, qui nie complètement pareille responsabilité, *op. cit.*, p. 212-223 (n^os^ **74-77**). — On peut entrevoir les tendances nouvelles de la jurisprudence du Conseil d'État, en faveur d'une discussion (moyennant distinctions) du principe général de l'irresponsabilité de l'État législateur, dans Conseil d'État, 29 avril 1924 (Société Premier et Henry), *Sirey*, 1923-3-41, avec la note de M. Hauriou.

2. Voy. surtout L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 515-531 (n° **86**). — Du moins, conviendrait-il de distinguer, suivant que le caractère illicite de l'activité prohibée tiendrait à une idée morale évidente (comme dans le cas des souteneurs), ou dépendrait de considérations hygiéniques, plus ou moins discutables (prohibition du blanc de céruse, de l'absinthe, des biberons à tube); au premier cas seulement, la réserve de L. Duguit serait admissible.

3. Voy. notamment les divers points de vue présentés, avec sa finesse coutumière, par M. Hauriou, dans une note sous Conseil d'État, 29 avril 1924 (Société Premier et Henry), *Sirey*, 1923.3.41.

proprement dites[1]. — Et, il y a lieu d'observer, qu'une fois entré dans cette voie, on est conduit, non seulement à considérer comme un devoir pour le législateur, qui heurte ainsi les droits privés, de leur assurer indemnisation par l'État, mais encore à décider qu'il y a lieu de suppléer pareille clause dans les lois où elle manquerait, bien plus que les tribunaux compétents (en France les tribunaux administratifs, tantôt Conseils de préfecture, tantôt Conseil d'État) devraient prononcer l'indemnité légitimement due, alors même que le texte légal l'exclurait formellement[2].

---

1. On aura une idée de ces variantes, en parcourant la série des principales thèses de doctorat en droit, consacrées au problème de la responsabilité de l'État législateur, et dont la suite chronologique permet assez bien de dégager le mouvement d'idées, qui s'est, de plus en plus, affirmé en faveur de cette responsabilité : H. Bailby, *De la responsabilité de l'État envers les particuliers*, thèse de Bordeaux, 1900-1901. — A. Bigot d'Engente, *De la responsabilité pécuniaire de l'État en matière d'actes de puissance publique*, thèse de Paris, 1906-1907. — P. Raymond, *De l'indemnité accordée par certaines lois aux individus atteints par leurs dispositions*, thèse de Paris, 1906-1907. — J. Sourdois, *De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'État agissant dans l'exercice de la puissance publique*, thèse de Bordeaux, 1907-*1908*. — R. Despax, *De la responsabilité de l'État en matière d'actes législatifs et réglementaires*, thèse de Lille, 1908-*1909*. — P. Le Roux, *Essai sur la notion de responsabilité de l'État considéré comme puissance publique et notamment dans l'exercice du pouvoir législatif*, thèse de Paris, 1908-*1909*. — L. Chamboduc de Saint-Pulgent, *Des indemnités à l'occasion d'industries et de commerce monopolisés ou supprimés*, thèse de Paris, *1908*-1909. — J. Agard, *Documents relatifs à la question des indemnités qui peuvent être mises à la charge de l'État par le juge à l'occasion de mesures législatives ou réglementaires préjudiciables*, thèse de droit, Toulouse, 1910-*1911*. — A. Salfati, *De la responsabilité contractuelle de l'État à l'occasion d'une loi, notamment à l'occasion de la loi du 21 juillet 1909*, thèse de Paris, 1911-*1912*. — R. Brulle, *De la responsabilité de l'État à raison des actes législatifs*, thèse de Bordeaux, 1913-*1914*. — L. Arlet, *De la responsabilité de l'État législateur*, thèse de Bordeaux, 1913-*1914*. — E. Giraud, *De la responsabilité de l'État à raison des dommages naissant de la loi*, thèse de Paris, 1916-*1917*.

2. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 528-532 (§ 86). — Sur toute cette question de la responsabilité de l'État législateur, on rapprochera avec intérêt, des derniers développe-

Cette théorie générale, encore incertaine et mal assurée, de la responsabilité de l'État législateur[1], s'étendra sans peine aux cas de dispositions légales ou réglementaires[2], heurtant les règles du droit naturel, quand, ce faisant, elles portent atteinte à des intérêts nettement caractérisés. Au fond, en effet, ce qui distingue et rapproche les hypothèses, où pareille responsabilité est admise, c'est qu'on y voit la loi venant ébranler les droits acquis, dont la défense est imposée par un prolongement du principe supérieur qui justifie la non rétroactivité générale des lois[3]. Et, ces droits acquis se ramènent tous à la propriété, largement entendue, déclarée inviolable par un texte de la Déclaration des droits. Semblablement, toute autre atteinte, apportée par une loi ou un règlement aux droits individuels ou autres, qu'exige l'ordre supérieur de la Société, doit

---

ments que lui donne le *Traité de droit constitutionnel* de L. Duguit, 2e éd., l'exposé qu'en fait le *Manuel de droit constitutionnel*, du même auteur, 3e éd., 1918, n° **78** a, p. 307-319.

1. Voy. notamment: P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*, p. 446-464. — Comp. G. Jèze, *De la responsabilité pécuniaire de l'État italien envers les nationaux et les étrangers, à raison de l'établissement d'un monopole public des assurances sur la vie*, dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 433-452. — G. Jèze, *De l'irresponsabilité pécuniaire de l'État à raison de l'établissement du monopole public des assurances en Uruguay*, dans *Revue du droit public*, 1913, t. XXX, p. 58-60. — G. Scelle, *A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay*. Étude sur la responsabilité de l'État législateur, dans *Revue du droit public*, 1913, t. XXX, p. 637-677.

2. Sur la responsabilité de l'État, à raison des règlements, voy. F. Moreau, *Le règlement administratif*, Paris, Fontemoing, 1902, n° **174**, p. 257-260. — L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 530 (§ **86**). — L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, p. 263-267.

3. Comp. G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 91-107. — P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*, p. 141-147, p. 181-235.

mettre en jeu, au même titre, la responsabilité de l'État[1], en dépit même de la volonté contraire du législateur.

Ce n'est là, d'ailleurs, qu'un palliatif, qui, loin d'entraîner l'invalidité de la loi contraire au droit, confirme, au contraire, son autorité de principe, laquelle, seule, en réalité, le rend nécessaire et en fixe la portée.

296. — A défaut de tous les moyens qui précèdent, empruntés à la légalité générale, et pour y suppléer ou les compléter, dans les cas extrêmes, n'aurions-nous pas encore, contre les lois écrites, manifestement abusives, une sorte de secours extraordinaire, et comme une sanction désespérée, dans ce que certaines de nos « Déclarations des droits » ont appelé d'un nom générique la « résistance à l'oppression », pour désigner et légitimer, en quelque mesure, de la part des sujets, qui se sentent atteints dans leurs intérêts profonds, la faculté de se cabrer contre la violation du droit par l'État, d'en repousser l'exécution, soit par inertie délibérément voulue (*résistance passive*), soit par la violence (*résistance défensive*), au besoin, même, de s'insurger contre les pouvoirs établis, de les combattre ouvertement (*résistance agressive*), voire de faire effort pour les renverser (*révolution*)[2]?

La question se pose, à l'égard de tous les agissements des organes ou agents de l'État, qui, méconnaissant leur

---

1. Comp. P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*, p. 463-464, qui paraît admettre cette responsabilité, du moins à titre théorique, dans les cas où la loi porterait atteinte au « droit supérieur ». — R. Brulle, *De la responsabilité de l'État à raison des actes législatifs*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1913-*1914*, p. 9-11, voit là une question, d'ordre philosophique plutôt que juridique, et, en tout cas, du point de vue du droit, n'admet pas, en ces cas, la responsabilité effective de l'État.

2. Cons. notamment : R. de Lacour, *De la résistance aux actes de l'autorité publique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1904-*1905*. — D. de Porquier-Lagarrigue, *La sûreté et la résistance à l'oppression*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1905-*1906*.

mission, outrageraient la justice, qu'ils doivent, avant tout, respecter. Elle se présente notamment, quand un acte individuel, administratif ou judiciaire, d'un fonctionnaire de l'État, se heurte à la résistance de celui, contre qui il est dirigé, par motif d'incompétence, d'irrégularité de forme ou d'illégalité de fond; et, pour ce cas, le droit positif, qui réprime la rébellion, en fixant strictement ses limites (art. 209 C. pén. franç.), fournit lui-même quelques éléments de solution[1]. — Mais, ici, nous envisageons le problème sous un aspect plus général et sous un angle plus élevé. Supposant une loi écrite positive (loi proprement dite ou règlement), qu'on prétende contraire à ce « droit supérieur », dont nous avons reconnu l'existence et les divers degrés[2], nous voulons savoir, si ce « droit supérieur » lui-même, pris dans son sens le plus compréhensif[3], ne légitime pas, de la part de ceux, que touche, à un titre quelconque, l'application de la loi critiquée, une résistance volontaire et délibérée à sa mise à effet, résistance, dont on peut, d'ailleurs, subsidiairement, discuter la forme et l'énergie.

Plus le problème est grave, plus il importe d'en préciser les termes et d'en fixer la portée, afin d'éviter un malentendu, qui a trop fréquemment pesé sur son examen et empêché d'en discerner le caractère vrai. — La plupart des auteurs modernes, qui ont rencontré, sur leur route, la résistance à l'oppression ou l'insurrection contre

---

1. Cons. M. Pathias, *La rébellion*. Étude de droit pénal, thèse de doct. Droit, Paris, 1906-*1907*. — M. Fourneau, *De la rébellion* (art. 209 et suiv. Code pénal). Étude de droit pénal, thèse de doct. Droit, Toulouse, *1911*-12. — P. Guillemon, *De la rébellion et de la résistance aux actes illégaux*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1920-*1921*. — Voy. aussi : J. Cruet, *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, thèse de doct. Droit, Paris, 1905-*1906*, p. 372-377.

2. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915. — *Adde* ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 68 (n° **287**); p. 69-70 (n° **288**); p. 72 (n° **289**).

3. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 99, texte et notes **1-3** (n° **293**).

les pouvoirs définis par la Constitution, l'ont écartée ou traitée fort légèrement, en refusant d'y voir une institution juridique. On a dit : ce n'est qu'un événement historique, l'émeute, la révolte, la révolution, que rien ni personne ne saurait empêcher absolument, qui, si elle se produit, peut échouer ou réussir, mais réussir en fait seulement. Ce n'est pas là du droit; c'est un pur fait, un simple désordre, que le jurisconsulte n'a pas à considérer, qu'à aucun point de vue, en tout cas, il ne saurait légitimer[1]. — Pareil raisonnement dénote, à mon avis, une compréhension insuffisante du problème, qui empêche d'en faire une appréciation adéquate. Assurément, on peut rencontrer et on rencontre, le plus souvent, dans la vie sociale, de simples résistances de fait contre l'ordre établi, qui ne sont que purs désordres, violations inadmissibles de l'autorité de l'État. Contre ces désordres, celui-ci se défendra, en les empêchant ou réprimant, au besoin, par la force, dont il dispose à cet effet. Mais, il s'agit de savoir, si, dans certaines conditions judicieusement reconnues et étroitement déterminées, le désordre prétendu ou apparent, la contestation violente de l'ordre établi, ne devient pas un droit, une faculté de vouloir et d'agir, qui doive être tenue pour légitime et entrer même dans le cadre de « l'ordre juridique ». — Qu'on ne dise pas : il y a contradiction dans les termes ; le désordre ne peut être ramené à l'ordre. Je répondrais que le prétendu désordre n'est ici que le cri de révolte d'un idéal plus parfait, et, qu'au témoignage de l'expérience, les progrès les

1. Voy., notamment, en ce sens : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, t. II, 1921, p. 533-534. Comp., pourtant, t. I, p. 579-580 ; t. II, p. 3. — R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, p. 223, note 15 (n° **77**). Comp. t. II, 1922, n° **444**, p. 495-497. *Adde :* t. II, nos **441-442**, p. 489-492. — Rappr. G. Jèze (Comptes rendus de L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*), dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 181-183 et 1921, t. XXXVIII, p. 439-443.

plus décisifs de la civilisation et du droit ne sont acquis qu'au prix des révolutions. — Toutefois, on nous objecte encore sous une forme plus pratique : Qu'importent ces considérations spéculatives ! En fait, il faut bien que l'ordre établi se défende et qu'il triomphe effectivement de la révolte. Toute discussion sur la valeur de celle-ci est inutile et dépourvue d'intérêt. « Si l'insurrection triomphe, le Gouvernement qui en sortira ne fera certainement pas poursuivre, pour attentat à la sûreté de l'État ou pour complot, ceux auxquels il doit le pouvoir, et si l'insurrection échoue, il n'y aura pas un tribunal qui ose déclarer qu'il n'y a pas eu complot ou attentat à la sûreté de l'État, parce que le gouvernement était tyrannique et que l'intention de le renverser était légitime »[1]. Ce dilemme, d'apparence rigoureuse, formulé pour un cas extrême, se maintient mal devant la considération attentive des hypothèses les plus fréquentes de résistance à l'oppression des lois injustes ou despotiques. Pareille résistance implique toujours l'idée d'une crise, de portée plus ou moins large (les crises font partie de l'ordre général du monde), où règne, dans les consciences, quelque incertitude sur la valeur de la règle de droit contestée. Sans qu'il soit besoin de prévoir un bouleversement complet de la Constitution, ni même un changement de régime gouvernemental, la crise, dont il s'agit, se résoudra un jour ou l'autre, et sa solution pourra aboutir au triomphe du droit supérieur qu'on opposait au droit positivement établi. En pareil cas, bien que le changement effectif du droit ne soit définitivement réalisé que par la pro-

---

1. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 749, qui pourtant discute la thèse de la « résistance à l'oppression » et en admet le principe, sauf à dénier son application possible *en droit positif*, § **101**, p. 735-750. — *Adde :* t. I, 1921, p. 486 (§ **55**); t. II, 1923, p. 171 (§ **18**); t. III, 1923, p. 661-662 (§ **98**); et *Manuel de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1918, p. 99-100 (§ **81**); p. 301 (§ **78**); p. 319-325 (§ **78** b).

mulgation d'un loi nouvelle, on peut, si on en admet la légitimité, tenir pour licites les faits de résistance à la loi qui auraient devancé ce changement; et même, à défaut d'une mutation formelle du droit positif, on pourra, sur le fondement d'une faculté de critique prudemment reconnue, absoudre, faute d'intention coupable, certains agissements contraires aux prohibitions formelles de la loi. Il n'est donc, ni absurde, ni superflu, de parler d'un droit à l'insurrection, ou d'envisager la résistance à l'oppression comme une véritable institution juridique[1].

Aussi bien, les théologiens et les canonistes, du Moyen âge à nos jours, ont-ils admis, sous des modalités et avec des réserves variables, le principe commun d'un droit de résistance et de sédition, destiné à lutter contre les décisions illégales ou les lois injustes[2]. Et, c'est ce principe, proclamé sous forme nouvelle par Locke[3], qui reparaît sous les noms de « résistance à l'oppression », de « droit

---

1. Comp., sur l'effet d'une révolution victorieuse, par rapport aux lois politiques ou administratives en contradiction avec le nouveau régime : G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 89, note 1 et p. 91, note 1.

2. Voy. notamment : É. Chénon, *Le rôle social de l'Église*, Paris, Bloud et Gay, 1921, n° **39**, p. 116-120. — L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, E. de Boccard, t. III, 1923, p. 739-743 (§ **101**), avec les références. — *Adde :* Comte de Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, 1889, chap. xxix, nos **1-22**, p. 244-263 ; chap. xxx, n° **5**, p. 269-270 ; chap. xl, nos **1-5**, p. 381-385 ; chap. xlii, n° **3**, p. 396 ; chap. xlviii, nos **9-10**, p. 438-439 ; chap. xlix, n° **20**, p. 455-456 ; chap. lii, n° **10**, p. 474-475. — Rappr. A. Belanger, *Une loi injuste oblige-t-elle en conscience?* dans *Études*, 1902-3°, t. XCII, p. 465-494 et p. 630-656. — Voy. aussi, sur la même question, quelques développements intéressants de G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, 1924, p. 188-193 ; p. 218-219 ; p. 308-309 ; p. 310.

3. J. Locke, *Du Gouvernement civil*, chap. xvii, nos **5-11** et chap. xviii, nos **11-26** ; 6e éd., Amsterdam, 1780, p. 270-278 et p. 291-326 ; — et, là-dessus, voy. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, t. II, 1921, p. 533. — L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 662 (§ **98**) ; p. 743-744 (§ **101**).

et devoir d'insurrection », dans les Déclarations de droits de 1789 (art. 2) et de 1793 (art. 10 et 11 ; art. 33-35) [1].

297. — Toutefois, ces autorités ne sauraient décider aujourd'hui la question. Les théologiens examinent celle-ci, du seul point de vue de la conscience. Et, les canonistes ne sauraient imposer leur opinion dans le for extérieur. Locke, d'autre part, discute le problème en philosophe et en politique plutôt qu'en juriste. Quant aux dispositions, d'ailleurs vagues et discordantes, de nos Déclarations des droits, sur ce point, elles ne sont pas de celles, qu'on puisse accueillir sans contrôle et compter au nombre des principes indiscutables du droit public moderne [2].

Il faut donc, s'agissant d'un problème manifestement en dehors des solutions positivement acquises, nous résigner à le résoudre par l'effort des seules considérations rationnelles. Encore, celles-ci pourraient-elles s'appuyer, avec profit, sur quelque théorie juridique, préalablement admise.

Aussi, pour légitimer la « résistance à l'oppression », certains l'ont-ils rattachée à l'« état de nécessité », provenant de circonstances majeures, qui, sans contraindre absolument notre volonté, ni supprimer notre libre arbitre, nous

---

1. Le plan de constitution, présenté à la Convention nationale les 15 et 16 février 1793, et connu sous le nom de « Constitution girondine », dans les articles 31 et 32 de sa Déclaration des droits, prévoyait la résistance à l'oppression, dont le mode devait être réglé par la Constitution. Voy., à la suite, les tit. VIII-X, *passim*. — Sur le sens et la portée de ces dispositions des Constitutions révolutionnaires, voy. surtout A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, A. Pedone, 1912, p. 518-522. — Voy. aussi F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9e éd., Paris, 1921, p. 462-464 (n° **473**).

2. Contre la résistance à l'oppression, voy. : H. Taine, *Les origines de la France contemporaine. La Révolution*, t. I, Paris, Hachette, 1878, p. 276. — M. Leroy, *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, Giard et Brière, 1908, p. 79-80, qui observe que le principe en a disparu, dans nos constitutions, quand le pouvoir exécutif s'est intégré dans le pouvoir législatif.

justifient de sacrifier le droit d'autrui à la conservation de notre droit propre [1]. — D'autres, cherchant une base plus ferme et plus précise, ont invoqué la « légitime défense ». Ce point de vue a été particulièrement mis en relief par M. Hauriou, qui l'encadre dans un aperçu, extrêmement pénétrant, sur la genèse du régime constitutionnel. De fait, si l'on remonte aux origines de la civilisation, on observe que, dans « l'ère de la liberté primitive », *chacun se faisant justice à soi-même*, le droit ne pouvait consister qu'en un sentiment subjectif justifiant les actes de force, au moyen desquels tout homme défendait et maintenait « le sien ». Lorsque, plus tard, s'est constitué le droit d'État, assurément plus parfait, celui-ci n'a pas supprimé complètement le droit primitif de l'individu, qui, prenant alors un caractère révolutionnaire, a toujours persisté, comme tel, pour contrôler le droit d'État et en arrêter les excès. Et, si le principe était désormais que *nul ne se fait justice à soi-même*, ce principe comportait, en des cas graves, des dérogations nécessaires, où l'on voyait reparaître, sous la forme de la résistance aux abus du despotisme, le « droit extérieur à l'État », soutenant le plus souvent des idées morales ou religieuses, trop étrangères aux visées politiques du pouvoir établi. Ainsi se maintenait, à côté et en dehors du « droit intérieur à l'État », un droit « non intériorisé », que nous rappelle encore le droit international d'aujourd'hui, et qui paraît pouvoir être inclus en la notion juridique de la « légitime défense » [2].

1. Sur l'état de nécessité, comp. le § 228 du Code civil allemand de 1896. — Spécialement, au point de vue pénal, voy. : P. Moriaud, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, Genève, Burkhardt, 1889. — G. Vidal et J. Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6e éd., Paris, Rousseau et Cie, 1921, 1re part., liv. V, chap. III, sect. III, p. 348-363. — R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3e éd., Paris, Recueil Sirey, t. I, 1913, nos **358-367**, p. 694-706. — Et, du point de vue civil : P. Lallement, *L'état de nécessité en matière civile*, thèse de doct. Droit, Paris, 1921-1922.

2. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey,

Toutes ces vues sont intéressantes et contribuent assurément à préparer, en quelque mesure, la justification de la résistance à l'oppression. Mais, il faut convenir qu'elles n'apportent pas directement cette justification et surtout ne permettent pas d'en fixer les limites. L' « état de nécessité », dont il est déjà malaisé de conclure une dénaturation de l'acte injuste, en droit pénal comme en droit privé, reste d'une détermination trop vague, pour encadrer solidement les révoltes d'un particulier contre le pouvoir établi [1]. Et, si la « légitime défense » offre, à cet égard, des contours plus précis, par cela même qu'elle suppose une réaction instinctive contre une agression nettement caractérisée, elle implique, en sa notion même, des conditions, qu'une métaphore hardie pourrait seule reconnaître dans les circonstances qui motivent l'insurrection. En réalité, il faut remonter ici jusqu'à une idée supérieure aux notions mêmes de « nécessité » ou de « légitime défense », et apprécier la situation, que nous envisageons, en faisant la pesée et la balance des intérêts qu'elle met en présence [2].

De ce point de vue, nous constatons, d'abord, que le principe essentiel du droit, consistant dans l'ordre à maintenir au sein de la vie sociale, commande le respect de

---

1923, p. 10-13, avec la note 1 de la p. 11; p. 17-20; p. 37-39; p. 118-119; p. 182-188; p. 265-266; p. 282; p. 284, note 1; p. 723. *Adde :* p. 280-287; p. 293; p. 502-503; p. 598, note 1 [p. 599]. — Voy. aussi : M. Hauriou, *Les idées de M. Duguit* (Extrait du *Recueil de législation de Toulouse*), p. 14, note 1; p. 22; p. 27. — *Principes de droit public*, 1re éd., 1910, p. 44-45; 2e éd., 1916, p. 657-658. — Et, sur la légitime défense, au point de vue pénal, rappr. : G. Vidal et J. Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 6e éd., 1921, 1re part., liv. V, chap. III, sect. II, p. 329-347. — R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3e éd., t. II, 1914, nos **437-451**, p. 8-52.

1. Contre le droit issu de la « nécessité », voy. observations de F. Larnaude et autres, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1920, t. XVI, p. 182.

2. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, t. II, nos **173-174**, p. 167-177.

la loi régulièremeut établie [1]. D'autre part, pourtant, la loi ayant comme raison d'être essentielle la consécration et le maintien des droits individuels de l'homme, on conçoit que, si, loin de les affermir, elle les heurte de parti pris contrairement à la justice, elle justifie une réaction de ces droits méconnus, qui la dominent, en quelque façon, comme le but domine le moyen. Mais encore, cette réaction devra être strictement limitée par la considération, que les droits individuels eux-mêmes ont, pour leur protection, un besoin absolu de l'ordre social et que, s'ils ébranlaient jusqu'à ses bases, sous la seule garantie du jugement de qui les exerce, ils risqueraient de périr avec lui [2]. Ainsi, nous voyons entrer en ligne, dans l'examen du problème posé, des éléments divers, qui s'opposent et s'entre-choquent, pour écarter toute solution absolue et suggérer de nombreuses distinctions.

Sans prétendre signaler toutes celles-ci, qui entreraient difficilement en des formules rigides et doivent, pour une bonne part, dépendre des circonstances particulières de fait, nous pouvons, du moins, tenter de dégager quelques directions, aboutissant à contenir, en des bornes indispensables, la résistance aux lois oppressives, dont la légitimité, en soi, envisagée au point de vue le plus général, paraît difficilement contestable :

1° Cette résistance n'est admissible que pour le maintien des droits individuels de l'homme. Car ce sont les seuls, dont la base naturelle soit assez fermement établie, pour légitimer une réaction contre un pouvoir chargé de les sauvegarder [3]. Il ne faut pas méconnaître, d'ailleurs, que la

---

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 74-78 (n° **289**).

2. Les points de vue, qui s'opposent ici, ressortent assez bien des attitudes différentes, que nous représentent, d'une part, l'Antigone de Sophocle, bravant et violant les ordres tyranniques de Créon, d'autre part, Socrate condamné, respectant les lois d'Athènes, en refusant de céder aux sollicitations de Criton.

3. Comp Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, p. 394 (n° **172**) et p. 400 (n° **173**).

notion de ces droits individuels se développe singulièrement par toutes les ramifications qui s'y rattachent et qu'elle embrasse, à la bien entendre, toutes les parties essentielles de la justice [1].

2° En tout cas, la défense de ces droits contre la loi oppressive ne saurait être exercée que par les individus mêmes, dont les droits sont foulés aux pieds. Eux seuls, en effet, ont qualité pour apprécier la situation, dont ils se plaignent, et réagir contre le mal qu'ils veulent écarter. Ici encore, il est vrai, une conception, un peu large, de l'intérêt, garanti par le droit, pourra conduire à étendre notablement le cercle de ceux, que touche la méconnaissance flagrante d'un droit individuel quelconque [2]. — Toutefois, la précision, qui vient d'être faite, aboutit, du moins, à exclure de toute faculté de résistance légitime à la loi, même évidemment oppressive des droits des citoyens, les agents de l'État. — La question est particulièrement délicate pour les agents de l'ordre judiciaire, au premier rang, les juges, dont c'est la mission propre de dire le droit aux citoyens. Sans insister sur les difficultés qu'il y aurait, du chef de la hiérarchie judiciaire, et du point de vue du devoir de leur fonction, corroboré par le serment professionnel [3], à admettre les juges à discuter, dans son mérite intrinsèque, la loi, qu'ils sont chargés d'appliquer, et à critiquer le pouvoir dont ils tiennent leur mission, il suffit, pour écarter ce scandale, d'observer, que le fondement même,

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, p. 395-399 (n° **172**) et p. 401-405 (n° **173**).

2. Comp. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, nouv. éd. 1788, t. II, p. 60-62 (Livre second, chapitre XIV).

3. En France, la formule du serment des magistrats, telle qu'elle a été établie par le décret du 22 mars 1852, article 8 (maintenu par les décrets du Gouvernement de la défense nationale des 5 et 11 sept. 1870), est assez vague et souple, pour ne pas constituer obstacle *formel* à certaine indépendance du juge, même vis-à-vis de la loi : « Je jure et promets de bien remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat ».

qu'on peut assigner au droit de résistance, savoir la sauvegarde du droit de l'individu, manque du côté des juges, qui sont personnellement désintéressés dans le débat. Vainement invoqueraient-ils l'indépendance de leur conviction intime, comme directement heurtée par la loi injuste. De ce point de vue, la condition essentielle, qui seule justifie la résistance, ne peut jouer à titre de moyen juridique. Il appartiendrait au magistrat, dans son âme et conscience, de préférer la justice à la loi. Mais, il ne saurait traduire cette préférence dans l'acte juridictionnel, sans manquer au devoir civique de sa profession et s'exposer aux conséquences d'une défaillance, qui mettrait en péril l'ordre social lui-même. Aussi bien, n'ai-je pas admis que l'exception d'inconstitutionnalité pût être mise en œuvre, en dehors d'un texte ou d'un principe constitutionnel, qui lui fournit un appui formellement émané du pouvoir suprême, dont le magistrat doit rester le fidèle et docile interprète[1]. C'était, d'avance, refuser au juge la faculté de résister à la loi, sur la seule base d'un droit naturel réputé supérieur à celle-ci. — A plus forte raison, la même solution s'impose à l'égard des agents administratifs, dont le devoir professionnel est plus strict encore, n'étant pas tempéré par la même indépendance de pensée et de jugement, dont ont besoin les magistrats de l'ordre judiciaire[2].

3° Pour que l'individu puisse opposer son droit à la loi qui l'opprime, il faut que celle-ci soit entachée d'une injustice grave, évidente, irréparable. La gravité de l'injustice dépendra de la vivacité du sentiment qu'elle choquerait. Son évidence sera souvent plus difficile à

---

1. Voy., ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 99-100 (n° **293**).

2. Comp. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2 A., Freiburg i. B., 1909, p. 206-207, p. 259-260, p. 270, p. 299-303. — *Moralphilosophie*, 4. A., Freiburg i. B., 1904, t. I, p. 507-510; — et voy., là-dessus : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, 1915, p. 348, notes 5-6, p. 349, note 1 (n° **158**).

apprécier. Elle implique, de soi, une spontanéité de réaction, que traduit seul, en général, un *consensus* populaire[1]. Quant à son caractère irréparable, il se doit entendre, suivant, non seulement l'existence, mais l'efficacité, des moyens mis à la disposition des victimes, pour se faire restituer dans leur droit. — En tout cas, ces exigences sont imposées par le danger même de la résistance envisagée, admissible seulement à titre de secours suprême contre un mal qui ne peut être autrement empêché. S'il s'agit d'une atteinte supportable, ou qui soit sujette à doute, ou que l'on puisse arrêter par les voies régulières, mieux vaut s'abstenir d'un trouble social, dont les inconvénients excéderaient le profit. — Naturellement, tous ces points donneront lieu à des appréciations, souvent délicates. Et, leur diagnostic ne pourra, le plus souvent, être fixé, que par le mouvement général de l'opinion publique, par un ensemble imposant de réactions dirigées contre la loi en question, quelquefois par la force irrésistible d'un sentiment individuel très profond. — Ajoutons que, se présentant comme sanction nécessaire de la justice, la résistance devra observer les préceptes de celle-ci et ne pourra jamais se porter à des excès plus graves que le mal qu'elle prétend empêcher. La doctrine, autrefois soutenue, du tyrannicide légitime, semble, aujourd'hui, définitivement condamnée[2].

4° Les conditions ainsi spécifiées étant supposées réu-

---

1. Sur l'importance de la distinction à faire entre le droit et le non-droit « contestables » ou « incontestables », voy., R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 5 A. Erster Theil, 1891, p. 122-123 (§ **11**); trad. de Meulenaere. *Esprit du droit romain*, 3e éd., 1886, t. I, p. 124-125 (§ **11**).

2. Cons. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 739-741, p. 743, p. 745 (§ **101**).—*Adde*: comte de Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*. Paris, F. Pichon et Guillaumin, 1889, p. 264-266; p. 270-271; p. 385-390. — R. de Lacour, *La résistance aux actes de l'autorité publique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1904-1905, p. 27-45.

nies, il reste encore à savoir en quoi consiste la résistance légitime. — Pas de doute qu'elle ne puisse se réaliser négativement, par la simple inaction de l'intéressé, qui attend l'exécution de la loi par l'autorité, refusant seulement d'y coopérer activement. Cette faculté de *résistance, purement passive*, n'est même pas interdite positivement par la loi, qui organise seulement les moyens d'en triompher par la contrainte. Aussi bien, l'admettrons-nous largement, sans la subordonner à des exigences trop strictes (notamment sur les points visés n° 3 ci-dessus)[1]. — Mais, quand l'autorité publique intervient pour la forcer, elle devient facilement *résistance défensive*; et c'est sous cette forme seulement que sa légitimité donne lieu à doute. Les considérations, présentées plus haut, nous amènent cependant à l'admettre, aux conditions précédemment indiquées, pourvu qu'elle ne trouble pas violemment l'ordre général. C'est dire, qu'en principe, elle devrait se contenir au domaine individuel et ne pas dégénérer en violences concertées, voire simplement collectives, qui tendissent à ébranler la puissance même de l'État. Tout, d'ailleurs, dépend ici de la nature et de la gravité des injustices, contre lesquelles on réagit. Et, nous voici insensiblement amenés à un nouveau stade de justice privée, qui demande à être nettement circonscrit.

5° En principe, l'emprise de la loi sur les droits individuels, telle que nous l'avons supposée jusqu'alors, se ramenant à des injustices particulières, ne saurait justifier une *résistance proprement agressive*, qui dépasserait les nécessités de la défense du droit. Mais, elle peut aller plus loin et se tourner en tyrannie, sacrifiant de parti pris les droits des citoyens au caprice d'un clan tout-puissant, voire d'une majorité intolérante, sinon même d'un tyran unique. Sans doute, l'organisation constitutionnelle moderne cherche, par mille moyens, à empêcher sem-

1. Comp. F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9e éd., Paris, Recueil Sirey, 1921, p. 464-465 (n° **474**).

blables abus. Il se peut, pourtant, qu'en dépit de la division et de l'équilibre des pouvoirs, aussi bien que de l'usage, parfois restreint en fait, des libertés publiques, la domination légale apparaisse comme une menace insupportable pour la collectivité. Alors surgit, par la vertu, plus ou moins consciente d'aspirations communes, l'idée de l'*insurrection* contre les pouvoirs établis. Et, bien qu'elle se résolve en une question de force, comme sur ses résultats va s'édifier le droit, il n'est pas superflu d'en considérer aussi la légitimité. — Or, s'agissant ici d'un trouble social extrêmement grave, susceptible d'entraîner des ruines et des pertes irréparables, on ne peut en accepter le risque que comme moyen extrême de sortir d'une situation autrement inextricable. Encore faut-il, que cette situation se soit montrée vraiment intolérable, en dépit de tous les efforts régulièrement tentés pour l'abolir, et que l'insurrection s'appuie sur une opinion publique assez évidemment favorable et sur des forces de réalisations suffisantes pour en assurer à peu près le succès. A ces conditions seulement, la *révolution* apparaîtra légitimée, dans la paix et l'assentiment général, qui en consacreront définitivement les résultats.

298. — Sera-t-on scandalisé, que nous acceptions encore aujourd'hui cet *ultimum subsidium* de la résistance à l'oppression, sous les formes variées qu'elle peut offrir ? — Mais, en réalité, il n'est pas un homme, qui ne se sente, à un moment donné, le droit, bien plus, le devoir, de se refuser aux injonctions brutales et arbitraires d'un pouvoir tyrannique. Supposez que celui-ci nous ordonne de massacrer nos proches, ou, plus simplement de commettre un acte d'inhumanité ou de flagrante injustice. Nous nous révoltons contre l'idée que nous pourrions néanmoins lui obéir. Ce sentiment profond ne peut rester sans écho dans l'ordre extérieur [1].

---

1. Aussi bien, n'a-t-on pas hésité à approuver, à admirer, à louer la

Il convient, du reste, de reconnaître, que la « résistance à l'oppression » a rarement l'occasion de s'exercer, du moins sous sa forme individuelle, — la plus normale, théoriquement, — les conditions qu'elle suppose et celles qui la peuvent seules justifier[1] se trouvant malaisément réunies. Et, cette observation de fait, appuyée sur les données de la politique expérimentale, ne peut que rendre plus plausible l'opinion moyenne, qui nous a paru s'imposer à son sujet, puisqu'elle écarte les dangers d'abus, que nous laissait encore craindre la considération d'un pouvoir, si redoutable, reconnu à l'individu[2].

A vrai dire, même, si — laissant à part les sursauts de réaction violente, que durent susciter certaines lois, haineuses et despotiques, du temps de la Terreur, stigmatisées par Benjamin CONSTANT, avec une indignation mal contenue[3], — nous limitons notre examen à la période, la plus rapprochée de nous, à partir du début du XIXe siècle, nous ne découvrons, à grand'peine, au travers des décisions de jurisprudence les ayant réglés, qu'un fort petit nombre de cas, qui même nous offrent moins des exemples de résistance directe à une loi prétendue oppressive, que plutôt des hypothèses d'une révolte contre les actes du pouvoir exécutif, qu'on cherchait le plus souvent à justifier, en critiquant la légalité proprement dite de ces actes. Ici donc, il s'agissait, de la part des auteurs de la résistance, de défendre violemment la loi contre ceux qui la méconnaissaient, en prétendant l'appliquer[4]. Toutefois, comme ceux-ci étaient, pour ainsi

---

résistance, des habitants de pays occupés pendant la guerre, aux exigences, tyranniques et souvent brutales, des envahisseurs. La grande et noble figure du Cardinal MERCIER, restera, de ce fait, la représentation éminente de l'immortelle justice.

1. Voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 120-125 (n° **297**).

2. Ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 112-113 (n° **296**).

3. Benjamin CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, éd. LABOULAYE, 1872, t. I, p. 350-356.

4. C'est ce qu'observait très finement Armand CARREL, dans son plaidoyer pour lui-même, résumé en *Sirey*, 1832.2, p. 181-182.

dire, l'expression vivante du pouvoir social et semblaient, en cette qualité, fournir une interprétation officielle de la loi, la résistance, qui leur était opposée, se présentait comme dirigée contre la souveraineté, dont émanent à la fois la loi et le pouvoir exécutif, lui-même[1]. — Or, si nous voulons résumer, d'un mot. comment pareille résistance a été appréciée, nous pouvons dire, qu'en dépit des condamnations officielles, le plus souvent inéluctables, des tribunaux, il s'est toujours manifesté, à son profit, une certaine faveur de l'opinion publique, largement appuyée par les juristes indépendants, et qui n'a pas laissé d'exercer une influence lénifiante sur les sentences mêmes de la justice.

Peu décisifs assurément, à raison des circonstances qui les ont provoqués, sont deux arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, des 14 septembre et 27 octobre 1815, rendus après la seconde Restauration, et déclarant non punissables des faits de résistance aux lois et ordonnances de NAPOLÉON durant la période des Cent jours[2]. Trop évidemment commandées par la raison politique, pour être prises en grande considération, ces solutions s'appuyaient, d'ailleurs, sur les dispositions de l'ordonnance royale du 23 mars 1815, qui condamnaient les actes de l' « usurpateur »; et, l'on peut dire, si l'on veut les apprécier du point de vue du droit positif, qu'elles tranchaient simplement le conflit entre deux souverainetés s'étant fait mutuellement échec.

Il convient plutôt de rappeler, en passant, le procès célèbre d'Armand CARREL, poursuivi pour avoir provoqué à la désobéissance aux lois et au crime ou délit de rébellion, en incitant les journalistes à résister par la force à des injonctions de justice, qu'il tenait pour illégales, et,

1. Voy. le Procureur général PERSIL contre Armand CARREL, au même procès, *Sirey*, 1832.2, p. 179-180.

2. Crim. cass., 14 septembre 1815 et 27 octobre 1815, *Sir. chron.*, C. N., t. V. 1, p. 99 et p. 104.

après des débats fameux, acquitté par la Cour d'assises de la Seine [1].

Mais, c'est surtout à l'occasion de poursuites pour rébellion violente contre les agents administratifs d'exécution (art. 209 et sq., C. pén. fr.), quand le prévenu alléguait, pour sa défense, l'illégalité des mesures auxquelles il résistait, que la jurisprudence la plus autorisée a dû examiner la question. Et, si la Cour de cassation a, le plus souvent, déclaré la rébellion punissable, — sans s'arrêter au grief, d'injonction illégale, puisé dans les circonstances qui l'entouraient, et par lequel on prétendait la justifier, — en faisant prédominer le respect dû à l'autorité légitime, couverte par une présomption de régularité, et renvoyant les rebelles à discuter après coup un ordre qui voulait obéissance immédiate [2], il faut reconnaître, que cette solution, un peu tranchante, a été combattue avec persistance par un certain nombre de Cours d'appel [3], qu'elle a même été parfois adoucie par la Cour suprême dans des cas d'illégalité trop flagrante [4], et que, malgré tout, elle

1. Cour d'assises Seine, 13 mars 1832, *Sirey*, 1832.2.178.

2. Voy. notamment : Crim. cass., 14 avril 1820, Costeroste, *Sir. chron.*, C. N. VI.1.218. — Crim. rej., 5 janvier 1821, Bernard, *Sir. chron.*, C. N. VI.1.358. — Crim. rej., 3 septembre 1824, Dorgans, *Sir. chron.*, C. N. VII.1.530. — Crim. cass., 15 octobre 1824, Voisin, *Sir. chron.*, C. N. VII.1.543. — Crim. cass., 15 juillet 1826, Campocasso, *Sir. chron.*, C. N. VIII.1.394. — Crim. cass., 26 février 1829, *Sir. chron.*, C. N. IX.1.240. — Crim. rej., 20 mars 1842, *Sirey*, 1842, 1.831. — Crim. cass., 29 mars 1855, *Sirey*, 55.1.685. — Crim. cass., 22 août 1867, *Sirey*, 68.1.142.

3. Voy., entre autres, et outre les arrêts cassés par les décisions de cassation, citées en la note qui précède : Rouen, 25 mai 1821, *Sir. chron.*, C. N. VI.2.417. — Lyon, 10 juin 1824, *Sir. chron.*, C. N. VII.2.377. — Lyon, 24 août 1826, *Sir. chron.*, C. N. VIII.2.281. — Nîmes, 21 novembre 1826, *Sir. chron.*. C. N. VIII.2.289. — Riom, 4 janvier 1827, *Sir. chron.*, C. N. VIII.2.307. — Limoges, 28 février 1838, *Sirey*, 38.2.300.

4. Sect. réun. cass., 16 avril 1812, *Sir. chron.*, C. N. IV.1.77. — Crim. rej., 7 avril 1837, Poivre, *Sirey*, 38.1.641. — Crim. rej., 25 mars 1852, *Bulletin criminel*, 1852, t. LVII, n° 108, Bougain ; ce

est restée contestée, dans son principe, par des auteurs considérables[1].

La même question s'est présentée, sous une forme un peu différente, devant les tribunaux, à propos de bris de scellés, apposés par ordre du Gouvernement sur les portes d'écoles congréganistes non autorisées et fermées par décret. Les prévenus prétendaient se justifier, en relevant diverses illégalités, soit dans les décrets de fermeture des établissements, soit dans leur mise à exécution par apposition de scellés[2]. Ici encore, il est vrai, la Cour de cassation a rejeté péremptoirement les critiques d'illégalité, pour déclarer formellement applicables les articles 249 et sq. du Code pénal. Mais une solution, mieux nuancée et admettant certaine justification possible du prétendu délit, en des circonstances plus favorables aux prévenus, fut présentée par le Conseiller rapporteur de l'une des affaires[3] et trouva dans la critique des adhésions autorisées[4].

---

dernier rendu à propos du délit de voies de fait ou outrage envers fonctionnaire.

1. Voy. notamment, comme résumant bien le dernier état de la doctrine sur ce point : Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6e éd. E. Villey, t. III, 1887, nos **940-944**, p. 90-101. — É. Garçon, *Code pénal annoté*, t. I, 1901-1906, sur l'article 209, nos **104-140** ; et, sur les articles 222-225, nos **127-147**. — R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3e éd., t. II, 1914, p. 34-42 (no **447**, II, *b*) et t. IV, 1922. p. 520 (no **1608**, *b*). — *Adde :* F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9e éd., Paris, Recueil Sirey, 1921, p. 465-466 (no **475**).

2. Crim. rej., 28 novembre 1902, Crim. rej., 26 décembre 1902 et Crim. cass., 2 janvier 1903, *Sirey*, 1904.1.57.

3. Voy. le rapport de M. le conseiller Bard, sur Crim. rej., 28 novembre 1902, aff. Vincendon-Dumoulin, dans *Gazette des tribunaux* du 3 décembre 1902.

4. Voy. notamment : E. Chavegrin, Note en *Sirey*, 1904.1, p. 57-61. — J. Barthélemy, *La résistance aux actes de l'autorité publique* (A propos de l'attitude des catholiques à l'égard de la législation religieuse et de son exécution), dans *Revue du droit public*, 1907, t. XXIV, p. 311-320. — F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9e éd., 1921, p. 561-562 (no **582**) et p. 466 (no **476**). — *Adde :* R. Gar-

Des tendances analogues, avec divergence semblable, entre la jurisprudence de la haute juridiction, spécialement chargée de maintenir la ferme application de la loi, et l'opinion plus libérale de la doctrine et de certaines Cours d'appel, se sont également manifestées, quand il s'est agi d'apprécier la provocation, de la part des ministres du culte, à résister à l'exécution des lois ou aux actes légaux de l'autorité publique, prévue et réprimée par l'article 35 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État[1].

Assurément, ces solutions, hésitantes et parfois contradictoires, n'attestent pas, chez nous, ce profond sentiment du droit individuel, que l'on rencontre, par exemple, en Angleterre, et en vertu duquel toute atteinte à la légalité justifie, de la part des individus, une révolte contre le pouvoir, qui peut aller jusqu'aux violences extrêmes[2], en même temps que la résistance modérée à la loi en vigueur est appréciée et vantée comme une cause certaine de progrès pour la législation générale[3]. Du moins, pouvons-nous signaler, dans les sphères les plus autorisées

---

RAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3e éd., t. II, 1914, p. 42-43 (n° **447**, *in fine*). — *Contra* : É. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. I, sur l'article 249, nos **14-15**. — Comp., sur la situation des congrégations non autorisées depuis la loi du 1er juillet 1901 : H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4e éd., Paris, A. Rousseau, 1906, p. 314-323; 10e édition, 1923, p. 311-319.

1. Voy. notamment : Crim. rej., 7 juillet 1910, après Agen, 4 août 1909, *Sirey*, 1910.2.249, avec la note critique de J.-A. ROUX. — Rappr. Douai, 6 janvier 1909, *Sirey*, 1909.2.288. — Et, sur la question : J. DELPECH, dans *Revue du droit public*, 1907, t. XXIV, p, 272-294.

2. Voy. notamment : DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre*, nouv. éd. 1788, t. II, p. 58-63 (Livre second, chapitre XIV). — LOCKE, *Du gouvernement civil*, 6e éd., Amsterdam, 1780, chap. XVII, *passim*, notamment p. 268-270 (§ IV).

3. Cons., à cet égard, quelques pages symptomatiques d'É. BOUTMY, *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIXe siècle*, Paris, A. Colin, 1901, p. 256-259 (troisième partie, chap. IV), qui cite Sir James MACKINTOSH. — *Adde* : DE LOLME, *op. cit.*, t. II, p. 63-66.

de notre pays, un courant nettement décidé en ce sens [1].

Et maintenant, si nous quittons le terrain, quelque peu mouvant et équivoque, de la résistance individuelle aux actes de l'autorité, telle qu'elle apparaît clairsemée et flottante dans la jurisprudence, pour envisager la résistance collective, tendant fatalement à l'insurrection proprement dite, qui s'offre sous mille formes dans l'histoire politique de la France contemporaine, il est à peine besoin de rappeler, que tout notre droit public d'aujourd'hui s'est constitué sous le couvert d'une série de révolutions, motivées, tantôt par un débat de droit (art. 14 de la Charte en 1830; droit de réunion dans les banquets et, sous son couvert, droit de suffrage en 1848), tantôt par les faiblesses, les erreurs ou les revers du Gouvernement, mais qui se coloraient toutes d'un sentiment de défense des libertés essentielles, justifiant l'agression contre les pouvoirs établis, pour atteindre derrière eux les lois corruptrices de ces libertés.

Je sais bien que les jurisconsultes ont accoutumé de

---

1. On pourrait rappeler aussi ce qui s'est passé après la mise en vigueur de la loi du 9 décembre 1905, concernant la séparation des Églises et de l'État, et à la suite de la réprobation des associations cultuelles par le Souverain pontife. Les catholiques de France continuèrent la célébration publique des offices religieux, sans observer les formalités prescrites pour les réunions publiques par la loi du 30 juin 1881, que le Gouvernement tenait pour nécessaires jusqu'à la loi du 28 mars 1907 (loi du 9 déc. 1905, art. 25 et loi du 2 janv. 1907, art. 4). La résistance, collective et concertée, à cette exigence, quelque peu vexatoire, a abouti à une modification de la loi (loi du 28 mars 1907). — Cons. Crim. rej., 4 mai 1907, *Sirey*, 1908.1.49 et la note d'A. Le Poittevin. — Voy. aussi Celier, Notice dans *Ann. de législ. franç.*, 1908, p. 100-101. — Il faut, du reste, se garer d'excès évidents. N'a-t-on pas été jusqu'à écrire, que les contribuables sont en état de légitime défense contre « l'impôt hautement progressif, même entouré de toutes les formes légales »? P. Leroy-Beaulieu, *Traité de la science des finances*, 6e éd., t. I, p. 217. J'ai à peine besoin de déclarer que pareille prétention est absolument condamnée par mes développements antérieurs (voy. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 119-125 [n° **297**]). *Adde :* G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 343-344.

se voiler la face devant les révolutions, qu'ils refusent de les faire entrer en compte, sous prétexte qu'elles sont de pur fait[1], et qu' « il n'y a pas place dans la science du droit pour une théorie juridique des révolutions »[2]. — Mais, ces accès de pudeur doctrinaire ne peuvent rien contre les réalités. Et, nous voyons les mêmes jurisconsultes, qui les ont solennellement désavouées, asseoir la Constitution elle-même sur la base des résultats conquis par les Révolutions[3]. C'est donc qu'ils reconnaissent celles-ci; dès lors, doivent-ils marquer le signe, qui leur donne cette valeur constitutive.

Aussi bien, l'un des maîtres incontestés du droit constitutionnel, sentant le besoin d'une explication juridique, nous propose-t-il celle-ci : « que le peuple, en acceptant sans résistance la révolution accomplie, a manifesté, en dehors de toutes formes légales, sa volonté d'abroger la Constitution antérieure »[4]; et il ajoute : « C'est du droit révolutionnaire, mais il traduit exactement les faits »[5]. Peut-être pourtant pensera-t-on, que l'explication n'est pas toujours suffisante, et, qu'en bien des cas, on verrait mieux, dans la révolution, ce qu'elle est le plus souvent, une guerre civile, qui trouve son terme dans une paix, acceptée assez généralement, pour fonder la constitution qui en sortira.

---

1. Voy. notamment : A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, t. II, 1921, p. 533. — R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie juridique de l'État*, Paris, Recueil Sirey, t. II, 1922, n° **444**, p. 495-497. *Adde* p. 489-492 (nos **441-442**).

2. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 223, note 15 (n° **77**). *Adde* t. II, p. 497, texte et note 10 (n° **444**).

3. Voy., par exemple, R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 62-63 (n° **22**). *Adde* p. 63-67 (nos **22-23**).

4. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd. H. Nézard, 1921, t. II, p. 580.

5. A. Esmein, *ibid.* — *Adde*, en outre d'un développement du principe, quelques précisions intéressantes, sur le changement de Gouvernement opéré en 1870, dans G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 490-497.

Qu'on adopte l'une ou l'autre de ces vues, auxquelles on pourrait sans doute en joindre encore de plus pénétrantes, on confesse que, si rudimentaire qu'elle soit, il y a bien, en quelque mesure, une « théorie juridique des révolutions »[1].

De fait, l'expérience générale de l'humanité, et, plus particulièrement, celle de la France contemporaine, nous présente ce paradoxe : la révolution, née d'une insurrection plus ou moins ouverte, renouvelant le droit, l'épurant peu à peu, le protégeant, du moins, contre les atteintes qui lui sont portées. Non pas, assurément, que les révolutions soient toujours favorables au droit naturel. Il serait absurde de le prétendre, et le contraire se manifestera trop souvent Mais, il reste que, tenant en échec la tyrannie, la possibilité constante des révolutions arrête les abus de la puissance publique et assure le maintien des droits individuels. Si les détenteurs du pouvoir étaient garantis contre toute déchéance par une doctrine condamnant absolument la résistance collective, ils inclineraient aisément au despotisme. La simple appréhension de réactions légitimes contre leurs excès les contiendra en de sages limites; et, plus cette appréhension sera ferme et fondée aux yeux de tous, plus elle écartera le danger des révolutions effectives, en procurant aux droits individuels une sécurité, qui les soustraira à la tentation de s'affirmer par la force[2].

Finalement donc, je crois pouvoir conclure, que la « résistance à l'oppression », judicieusement comprise, sagement contenue en ses lignes directrices, maniée avec

---

1. Rappr. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, Paris, 1906, p. 119 (n° **54**). — A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, 1912, p. 139-140, p. 529-530. — Voy. aussi, sur la consécration des gouvernements de fait : G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 191-193, p. 308, p. 323.

2. Comp. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre*, nouv. éd., 1778, p. 65-66; qui résume l'argument dans ces quatre paroles attribuées à Manlius, en face du peuple de Rome : *Ostendite bellum, pacem habebitis.*

tact, demeuré — sans qu'il soit nécessaire ni même opportun de la consacrer par un texte, du moment qu'elle pénètre la conscience des sujets — le palladium suprême de la justice et du droit [1].

299. — Elle a, d'ailleurs, une contre-partie. Car la question, qu'elle soulève au profit des droits individuels, se pose, en sens inverse, pour les droits de l'État. En principe, les pouvoirs du Gouvernement et de ses agents sont limités à l'égard des sujets. Et, comme la loi s'impose normalement à ceux-ci, elle s'impose de plus fort aux représentants de l'exécutif suivant les exigences du « principe de légalité » [2].

Mais, il est des périodes, violemment troublées, où le maintien de l'État paraît exiger une rigueur extraordinaire de la discipline nationale, qui ne peut se traduire que dans un renforcement des pouvoirs d'exécution. — On s'est demandé, si les crises de ce genre ne légitimaient pas, en dehors même de toute régularisation antérieure souvent impossible, une attribution automatique à l'exécutif des « pleins pouvoirs », que commanderait la situation. Et, en dépit de toutes difficultés doctrinales, les faits eux-mêmes ont imposé, en quelque mesure du moins, notamment en cas de guerre étrangère [3] ou de grève d'un

1. On trouvera des vues assez différentes, et d'ailleurs fort sommaires, dans F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9e éd., 1921, nos **474-475**, p. 464-466 et p. 561-562 (n° **582**).

2. Comp. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, §§ **99-100**, p. 681-735.

3. Voy. notamment : Crim. cass., 8 juin 1871, *Sirey*, 1871.1.109, fortement motivé. — J. Barthélemy, *Notes de droit public sur le droit public en temps de guerre*. III. Le Gouvernement et la loi, dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 545-575 ; et *Problèmes de politique et finances de guerre*, Paris, F. Alcan, 1915, p. 121-166, *passim*. — M. Hauriou, note sous Conseil d'État, 28 juin 1918, aff. Heyriès, *Sirey*, 1922.3.49, qui explique comment, dans cette affaire, le Conseil d'État arrive, par une interprétation audacieusement « constructive » de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, à permettre au Président de la République, de tenir en échec la

grand service public [1], — sans parler des circonstances de grave désarroi national, éveillant l'idée des coups d'État (qui ne sont qu'une révolution venue d'en haut, par rapport à l'insurrection populaire, venant d'en bas), — une solution affirmative, que justifie d'ailleurs, et limite, en raison, — à défaut d'un prétendu « droit de nécessité » d'une consistance trop équivoque [2], et de la notion de la

---

loi, pour motif supérieur, dans le temps de guerre. — *Adde* : Conseil d'État, 30 juillet 1915, Verrier, dans *Recueil* de Lebon et autres, 1915, p. 257. — Conseil d'État, 16 janvier 1920, Fabre, dans *Recueil*, 1920, p. 38. — Conseil d'État, 14 mai 1920, Syndicat patronal de la boulangerie de Paris, *Recueil* de Lebon et autres, 1920. p. 499. — Comp. Conseil d'État, 28 février 1919, Dol et Laurent, *Recueil*, 1919, p. 208. — Conseil d'État, 9 janvier 1920, Musart, *Recueil*, 1920, p. 12. — *Contra :* Crim. cass., 30 novembre 1916, D. P. 1917.1.43. — Crim. cass., 5 janvier 1917, D. P. 1917.1.44. — Crim. rej., 3 novembre 1917, *Sirey*, 1917.1.145 et note J.-A. Roux. — Crim. rej., 31 mai 1918, Piarron, *Gazette du Palais*, 1919, p. 320. — Et, pour le droit comparé, voy. G. Jèze, *L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs* (en Angleterre, en Italie, en Suisse), dans *Revue du droit public*, 1917, t. XXXIV, p. 5-43, p. 209-268, p. 404-442, p. 553-594 et J.-W. Garner, *Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux États-Unis*, dans *Revue du droit public*, 1918, t. XXXV, p. 5-54, avec appendices de G. J., p. 54-62, p. 497-508.

1. Comp. les paroles du Président du Conseil Briand, à la Chambre des députés, le 29 octobre 1910, à la suite de la grève des cheminots : « Si, pour défendre l'existence de la nation, le Gouvernement n'avait pas trouvé dans la loi de quoi rester maître de ses frontières, s'il n'avait pu disposer, à cet effet, de ses chemins de fer, c'est-à-dire d'un instrument essentiel de défense nationale, eh bien ! eût-il dû recourir à l'illégalité, il y serait allé ». *Journal officiel*, Chambre des députés, Débats parlementaires, session extraordinaire de 1910, p. 2654, col. 2. *Adde*, col. 3. — Il convient, d'ailleurs, de noter, que ces paroles soulevèrent, d'un certain côté de la Chambre, une émotion considérable, et qu'elles durent être expliquées et atténuées, en quelque mesure, par le chef du Gouvernement, avant l'obtention de l'ordre du jour de confiance (séances des 29 et 30 octobre 1910. *Journ. off.*, *ibid.*, p. 2654-2656 et p. 2659-2668). — Et, en ce qui concerne la jurisprudence et la doctrine, voy. Conseil d'État, 7 août 1909 (aff. Winkell et aff. Rosier), *Sirey*, 1909.3.145, avec la note éminemment suggestive de M. Hauriou.

2. Comp. H. Nézard sur A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7e éd., Paris, Recueil Sirey, 1921, t. II, p. 86-107, qui maintient sa doctrine dans les strictes limites de la légalité constitutionnelle.

« légitime défense »[1] plus malaisée encore à admettre au profit de l'État qu'au profit des sujets opprimés, — le principe de l'équilibre des intérêts en présence, d'où résulte la suprématie du pouvoir, seul capable, en ces moments de détresse, de sauver la vie même de tous[2].

Ainsi, toujours et dans tous les sens, nous voyons subsister, à côté et au-dessous du droit légal de l'État techniquement organisé, un droit naturel, rappelant « l'ère de la liberté primitive », droit « révolutionnaire » assurément par rapport au régime de pure légalité, mais nécessaire pour maintenir la justice supérieure et assurer la prédominance du « donné » sur le « construit ». — Et ce phénomène, véritablement indispensable à l'équilibre de la « Cité moderne », nous offrirait encore d'autres manifestations, si nous voulions examiner, par exemple, les limites de la puissance de l'ordre hiérarchique, pour justifier les infractions commises par des subordonnés sur le commandement d'un supérieur légitime[3], le caractère de la grève ouvrière, au regard du droit commun[4],

---

1. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 502-503.

2. Comp. ci-dessus, *Science et technique*, t. IV, p. 117-120 (n° **297**). — Voy., sur tout cela : A. de Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, A. Pedone, 1912, p. 401-404, p. 522, p. 523, p. 564-568. — Comp. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, p. 683-689, note 33 du n° **228**. — L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 696-705 (§ **99**). — F. Moreau, *Précis*, 1921, p. 353. — Je rappellerai ici une parole profonde, sous son apparence de paradoxe : « L'un des droits les plus sacrés du peuple est le droit à être gouverné ».

3. Cons. notamment : E. Magniez, *L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime*, thèse de Doct. Droit, Paris, 1901-*1902*. — J. Barthélemy, *L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents*, dans *Revue du droit public*, 1914, t. XXXI, p. 491-548. — Comp. L. Lévy, *L'ordre hiérarchique*. Sa force exécutoire. Les suites contentieuses de son exécution, thèse de doct. Droit, Dijon, 1912-*1913*.

4. Voy. notamment : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 185 en note (note 1 de la p. 186).

le rôle des associations privées pour contrebalancer les pouvoirs de l'État [1]. — A plus forte raison, si nous pénétrions dans le domaine du droit international, resté, de nos jours, le champ d'expérience des formations juridiques, nous y trouverions, à chaque pas, le contact du droit primitif, appuyé de la violence directe et autonome, avec le droit régulier à peine ébauché encore par la Coutume internationale et par les Traités.

300. — Finalement, dans cet angoissant conflit, qui peut surgir entre la loi positive et le droit naturel, — et où nous rencontrons le type de l'opposition du « construit » et du « donné », — j'admets, en principe, la prévalence de la loi écrite, mais je cherche à en adoucir la rigueur, du moins lorsque le texte se heurte au bon sens [2], ou porte un flagrant défi à la justice, en faisant intervenir, à leur rang et avec leur valeur propre, tous les moyens ou remèdes, que nous offre le système complexe de l'organisation juridique positive elle-même, garanties de bon exercice du pouvoir législatif, précision des droits supérieurs par la voie des constitutions rigides ou des déclarations de droits, exceptions d'illégalité et d'inconstitutionnalité, recours directs contre la loi ou le règlement abusifs (?), responsabilité éventuelle de l'État législateur (?), pour aboutir à la sanction, extrême et

---

1. Voy. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. II, 1923, p. 171 cbn. avec les idées du même auteur sur le mouvement syndicaliste, résumées dans F. Geny, *Science et technique*, t. II, 1915, n° **125**, p. 225-227.

2. Rappr. les paroles suivantes, prononcées par le général Galliéni, ministre de la Guerre, à la Chambre des députés, le 28 janvier 1916, en réponse à la question Accambray, relative au contrôle de l'administration des armées : « Nous devons certainement être les serviteurs du règlement, quand cela est possible (*Applaudissements. Mouvements divers*); mais, quand c'est le bon sens qui l'exige, nous ne devons pas hésiter à marcher contre le règlement avec le bon sens (*Nouveaux applaudissements*) », dans *Journal officiel*, Chambre des députés, Débats parlementaires *in extenso*, 1916, p. 157, col. 3.

désespérée, des abus les plus criants, dans la résistance à l'oppression des lois despotiques et le droit d'insurrection [1].

Je me sens, d'ailleurs, singulièrement encouragé dans le maintien de ces solutions, quand j'observe comme elles s'accordent avec les conclusions essentielles des deux coryphées de notre droit public français contemporain, L. Duguit et M. Hauriou, qui, ayant des points de départ théoriques fort différents, aboutissent aujourd'hui à des résultats pratiques sensiblement les mêmes, pour assurer les principes supérieurs de l'ordre juridique contre les caprices ou les défaillances des majorités qui font la loi. — La grande autorité de ces doctrines est d'autant plus impressionnante, que, chez l'un comme chez l'autre de mes éminents collègues, elles ne se sont pas formées du premier coup, mais se sont peu à peu imposées à leurs esprits à la suite d'une évolution extrêmement intéressante. — Car, si L. Duguit a, de bonne heure, proclamé, en termes, énergiques et trop absolus à mon gré, la suprématie de la règle de droit, issue de la solidarité sociale et attestée par la conscience commune du groupe en faveur d'une réaction juridique, pendant longtemps, il a hésité à admettre toutes les sanctions pratiquement nécessaires, pour garantir efficacement cette prééminence contre les atteintes possibles d'une législation, que sa fonction « constructive » devait, suivant lui, mettre à l'abri des attaques téméraires des sujets. C'est ce qui ressort très nettement de la lecture de son ouvrage capital, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, paru en

1. On a pu, en d'autres temps, connaître encore d'autres moyens de sauvegarder le « droit supérieur »; par exemple, en faisant intervenir, contre les décrets injustes, la « loi divine », confiée à la garde de l'Église, et assurée par l'intervention de l'autorité épiscopale ou pontificale. Voy. V. Clappier (Les lois inconstitutionnelles et le pouvoir judiciaire), dans *Le Droit*, n° du jeudi 18 décembre 1902, p. 1229, col. 1, *in fine*, col. 2-3, avec les références des notes 1, 8, 9.

1901[1]. Et, dans la première édition de son *Traité de droit constitutionnel*, datant de 1911, il recule encore devant l'exception d'inconstitutionnalité et ne fait qu'une place assez restreinte à la « résistance à l'oppression »[2]. Ces timidités ont presque complètement disparu dans la seconde édition du *Traité*, dont le tome III, publié en 1923, sauf quelques menues réserves, commandées par des motifs d'opportunité[3], consacre, avec ampleur et presque jusqu'aux conséquences les plus anarchiques, tous les moyens imaginés, pour faire triompher de l'opposition d'un législateur infidèle à sa mission, non seulement les principes consacrés par la constitution formelle du pays, mais ce « droit supérieur » reconnu en dehors de toute formule écrite, et à qui L. Duguit assigne intrépidement le premier rang[4]. — Quant à M. Hauriou, on sait assez, avec quelle scrupuleuse conscience, quelle réflexion attentive, quelle pondération avisée, quel souci constant de faire sa part légitime à chacun des intérêts en présence, il a, depuis plus de quarante ans, élaboré et mis sans cesse en progrès son œuvre imposante de droit public, pour avoir pleine confiance dans la valeur, historique et rationnelle, des notions d' « ordre individualiste », de « légalité », de « superlégalité » et de « légitimité » constitutionnelles, de « droit révolutionnaire » rattaché à « l'ère de la liberté primitive », si finement dégagées et mises en lumière

---

1. Comp. ce que j'ai dit, à ce sujet, avec références à l'appui, dans : *Des droits sur les lettres missives*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1911, t. I, p. 41, texte et notes 1-3.

2. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1re éd., Paris, de Boccard, 1911, t. I, p. 153, p. 158-160 (§ **38**) et t. II, p. 171-174 (§ **117**).

3. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 661-662 et p. 667-674 (§ **98**); p. 745-750 (§ **101**).

4. Voy. notamment : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, 1923, p. 659-660 (§ **98**). — *Adde : ibid.*, p. 555-556 (§ **88**); p. 664, p. 668, p. 677, p. 679 (§ **98**); p. 750 (§ **101**).

par son récent *Précis de droit constitutionnel*[1], non moins que dans les organisations positives de *constitution rigide*, de *contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois*, de *résistance à l'oppression*[2], telles qu'elles apparaissent renouvelées, rajeunies et véritablement entraînantes, dans ce livre magistral. Aussi bien, — je l'avouerai simplement, — n'a-t-il pas fallu moins que l'ascendant et l'appui de ces pages, aussi fortes que lumineuses, pour me confirmer, en me permettant de lui donner une base plus solide, dans un système d'idées et de moyens, dont je sentais confusément le besoin, à l'effet d'assurer le triomphe effectif de la justice.

En deux mots, ce système se résume à dire, que le conflit du droit naturel et de la loi positive, comme, d'ailleurs, la plupart des conflits juridiques, se résout, beaucoup moins par une formule absolue, que par un jeu de combinaisons variées, aboutissant, au moyen d'actions et réactions alternantes, à un équilibre pratique de forces sociales, qui se tiennent respectivement en échec et procurent la meilleure satisfaction possible aux divers intérêts à considérer.

Pareil système, confirmant des observations antérieures[3], révèle de plus fort le lien intime, qui unit la science et la technique, et comment l'une ne peut aller sans l'autre dans l'établissement général du droit. Ainsi se ravive la grave objection, formulée contre tout l'effort du présent travail. N'est-il pas vain de distinguer, de séparer, de traiter à part, deux éléments de formation, que l'on rencontre, toujours et nécessairement fusionnés

---

1. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 42 et sq., p. 57-58, p. 88-90, p. 271-280, p. 296-298 et p. 371-372. — *Adde* : p. 10, p. 17, p. 182, p. 265, p. 282, p. 439.

2. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 39-41, p. 118-119, p. 273, p. 298-300, p. 302-322. — Comp. *Principes de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 2e éd., 1916, p. 644-645, p. 657-658, p. 688-691.

3. Voy. Fr. Geny, *Science et technique*, t. IV, nº **271**, p. 8-10, avec les références des notes.

l'un avec l'autre, pour concourir aux fins communes de l'organisation juridique positive[1] ?

Bien que cette objection ait pu trouver sa réponse à chacune des pages de cet ouvrage, il n'est peut-être pas inutile, pour la réduire définitivement, de condenser, comme en un bloc, les conclusions essentielles, par lesquelles se marque et précise définitivement l'intérêt de tous les développements qui précèdent.

---

1. Voy. notamment l'objection, formulée par M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1916. Note en réponse à des observations de M. Fr. Geny (suite de l'Introduction), p. xxv-xxvii.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

DE L'OUVRAGE :

SCIENCE ET TECHNIQUE EN DROIT PRIVÉ POSITIF.

Sommaire : **301**. Résumé progressif des développements présentés, dans le sens de la distinction à maintenir entre la science et la technique. — **302**. Série de thèses exprimant, en formules nettes, les principales conclusions, nouvellement acquises par le présent ouvrage. — **303**. Généralisation tendant à marquer la place du droit dans l'ensemble des disciplines sociales. — **304**. Extension des résultats obtenus, au-delà du domaine considéré.

301. — Or, en dépit de tous les obstacles, issus des complexités infinies de la vie sociale, ceci subsiste, au-dessus des incertitudes et des équivoques, que le droit nous offre : *a*) d'une part, des éléments « donnés », provenant des réalités de fait ou des principes essentiels à l'ordre général du monde, doués d'une certaine permanence, qui, en tout cas, s'imposent à nous, et demandent à être reconnus, pour en tirer toutes les conséquences qu'ils contiennent, sans dépendre de notre volonté, sans postuler de l'homme un « *fiat* » créateur ; *b*) d'autre part, des éléments, en quelque mesure artificiels, donnant lieu à des « constructions », plus ou moins arbitraires, à tout le moins, soumis directement à notre action, ne tirant que de celle-ci leur valeur et leur efficacité, par suite essentiellement variables et contingents. — Et, si les uns et les autres s'agencent ensemble, se combinent et parfois se fondent, pour produire certains résultats « amalgamés », il reste toujours possible de les discerner, à un certain

degré et pour l'essentiel, d'après leur nature profondément différente [1].

Cela étant, il ne saurait faire doute, que les deux « ordres » de « facteurs », ainsi séparés, ne comportent, à bien des égards, des règles internes fort dissemblables. C'est que, de fait, ils ne jouent pas un rôle identique. — Les premiers se réduisent à fournir quelques directions générales et vagues, aux contours souples, d'une puissance féconde, qui, si elles sont, en elles-mêmes, supérieures aux volontés des hommes, ne les enserrent qu'en un cadre élastique, se révèlent par toutes les forces de connaissance, y comprises l'intuition et la croyance, mais, en même temps, se prêtent peu aux développements et aux détails d'application concrète; l'énergie de leur influence profonde étant contre-balancée par une faiblesse d'expansion et de saisie effective des choses [2]. — Tout au rebours, les autres, qui ne valent qu'en tant que moyens et suivant leurs qualités d'adaptation au but, ont moins de valeur foncière, en revanche une diversité d'applications et de combinaisons infinie. Aussi, offrent-ils mille ressources à l'activité personnelle du juriste. Et, si chacun d'eux consiste en un procédé relativement simple, il est susceptible des développements les plus variés, parce qu'il dépend de la volonté libre et de toutes les contingences où elle se meut [3].

Cette opposition assure un aliment précieux aux diverses branches de l'élaboration juridique : le « donné »

---

1. Fr. Geny (Les procédés d'élaboration du droit civil), dans *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 181-196. — *Des droits sur les lettres missives*, Paris. Recueil Sirey, 1911, Avant-propos, p. VIII-XV. — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, nos **33-34**, p. 96-100; t. II, 1915, t. III, 1921, t. IV, *passim*.

2. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II. *Élaboration scientifique du droit privé positif*, octobre 1915, cbn. t. I, 1914, *passim*.

3. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit privé positif*, juin 1921, cbn. t. I, 1914, *passim*.

lui fournissant sa « matière » et contenant, en des lignes fermes, l'essor ambitieux de la recherche; le « construit », qui « informe » cette matière et permet au progrès juridique de s'épanouir pleinement, suivant les exigences, incessamment renouvelées, de la vie sociale.

Que si, parfois, les deux sortes d'éléments se rapprochent et se combinent, tantôt pour coopérer au but, tantôt, au contraire, pour entrer en conflit, il n'en reste pas moins, que chacun conserve sa nature propre, et doit être traité en conséquence, soit pour réaliser l'union des efforts, soit pour faire prévaloir celui qui tend plus directement au but[1].

Et, tandis que le « construit » reste la marque distinctive du juridisme et donne lieu aux plus amples développements[2], tout converge vers le « donné », qui doit finalement l'emporter, comme caractérisant le fonds même de la justice[3]. C'est ce qu'il importe de comprendre et de retenir, pour assigner au droit sa vraie place dans la vie sociale et pour confondre les incompétences, qui bouleverseraient volontiers la hiérarchie nécessaire des deux « ordres ».

302. — Et maintenant, quelles que puissent être, en elles-mêmes, la vérité et la valeur foncière de la distinction, présentée, entre ces deux pôles de l'élaboration juridique, il sied de mettre en relief quelques-uns (les plus notables) des intérêts précis, que nous a révélés son étude, en formulant, comme autant de thèses, à ajouter à celles, que m'avaient permis de dégager mes premiers travaux sur la méthode juridique[4], et qui doivent, dans ma

1. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, nos **275-287**, p. 23-68.

2. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, Préface, p. xiv-xvi.

3. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, n° **284**, p. 59-61 ; p. 72-74 (n° **289**) ; p. 137-138 et 140 (n° **300**).

4. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*

pensée, leur apporter un complément nécessaire. Je vais me borner à les énoncer ici, renvoyant, pour leur explication et justification, au contenu intrinsèque du présent ouvrage [1].

Je prends donc comme point de départ les conclusions acquises de mon livre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [2]. Une fois établie, de façon négative, l'insuffisance de la méthode alors régnante d'interprétation juridique, et leur part légitime étant faite aux sources formelles des règles, le point capital de ces conclusions portait sur la nécessité d'une « libre recherche scientifique », pour assurer complètement et efficacement le progrès du droit positif [3]. Restait à savoir ce que serait cette « libre recherche ». Et, à cet égard, je n'avais pu qu'émettre quelques idées générales, à peine pressenties, mais bien incertaines, imparfaitement définies, mal assurées, manifestement insuffisantes à l'effet de fournir un cadre ferme à une construction d'ensemble [4]. — Il s'agissait, par conséquent, d'approfondir les bases de cette « libre recherche », simplement entrevue et faiblement esquissée encore, et d'en tracer, aussi nettement que possible, les directions positives [5].

---

positif, 2e éd., 1919, t. II, n° **223**, p. 404-408 (ne se trouve pas dans la 1re édition).

1. J'indiquerai, entre parenthèses, à la suite de chacune des thèses résumant mes conclusions, les numéros des paragraphes, dont les développements se réfèrent *plus spécialement* à la thèse formulée.

2. 1re éd., en 1 vol., 1899 ; — 2e éd. (revue et mise au point), en 2 vol., 1919.

3. *Méthode d'interprétation et sources*, nos **1-155**.

4. *Méthode d'interprétation et sources*, nos **156-176** *bis*. — *Adde :* nos **177-187**.

5. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources*, 1re et 2e éd., n° **187**, *in fine*. — *Les procédés d'élaboration du droit civil*, dans les *Méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1910, p. 173-196. — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914. Introduction et chapitre premier, nos **1-12**, p. 1-41. — *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. I, Avertissement pour la seconde édition, p. V-VI et t. II, n° **224**, p. 408-410 (ne se trouvent pas dans la 1re édition).

Ceci rappelé, voici, en forme de thèses, quelques-unes des idées, que me permettrait de formuler aujourd'hui le présent travail (*Science et technique en droit privé positif*, t. I-IV).

I. — Il faut, d'abord, fixer une notion, substantielle et pleine, du droit positif = *ensemble de règles tendant à assurer extérieurement la conduite des hommes, sous une sanction au besoin coercitive, dans une communauté organisée* (nos **13-20**), et conserver constamment présente à l'esprit cette notion.

II. — Pour « réaliser » cette notion, dans toute son ampleur, il convient d'user de la philosophie du « sens commun progressif », appliquée à l'ensemble des choses de la vie sociale, et élargie en un double sens : *a*) par les vues de la sociologie moderne, visant à scruter de près les faits et à utiliser, au mieux, l'observation; *b*) par les tendances de ce qu'on a appelé la « philosophie nouvelle », qui reconnaît dans le monde un mouvement incessant, que non seulement la raison peut découvrir, mais que doivent ausculter à fond l'intuition et le sentiment, mettant en œuvre toutes nos puissances de connaître et d'agir (nos **22-31**).

III. — Toute élaboration juridique, quelle qu'elle soit, est dominée par des opérations intellectuelles et par une méthodologie, basées sur les principes de la logique commune, avec un certain assouplissement commandé par la nature propre de l'objet à pénétrer : les règles juridiques (variété des normes morales). Ces principes généraux de logique règneront surtout dans les parties, descriptive et démonstrative, de la jurisprudence, communes à toute sorte d'élaboration du droit (nos **35-67**)[1];

1. Aux travaux de méthodologie générale, qui ont été mentionnés dans cette partie de l'ouvrage, on joindra utilement : P. Duhem, *La*

IV. — En soi, l'activité du jurisconsulte, ayant à approfondir le droit positif, y trouve un double champ d'action : *a*) d'une part, le « donné », qu'on pénètre par la science ou la croyance, facultés propres de connaissance; *b*) d'autre part, le « construit », qui s'informe grâce à l'action, œuvre principalement de volonté (n^os^ **32-34**. — Et, pour préciser la distinction : n^os^ **271-274**).

V. — Le « donné » correspond, à peu près, à la notion fondamentale de droit naturel. Il consiste en un fonds de vérités morales et économiques, qui, placées en présence des faits, commandent, pour les régir, certaines directions. L'objet de ces directions, supérieures à l'arbitraire des volontés, est restreint et vague. Il se concentre autour de l'idée suprême du « juste objectif », représentant un équilibre d'intérêts, qu'il faut parfois ausculter par toutes nos puissances de connaître, mais qui ne fournit jamais qu'une orientation assez floue, de nature plutôt morale qu'économique, à vrai dire même, principalement morale. Ce « donné » reste la base essentielle du droit positif, mais ne peut avoir qu'une portée restreinte. Du moins, fournit-il la « règle », le « principe » (n^os^ **161-165**. Comp. n^os^ **69-159**).

VI. — Ce « donné » général offre des variétés, qui en spécifient les applications : « naturelles », « historiques », « rationnelles », « idéales ». Et les résultats de ces applications, combinées suivant leur nature, fournissent une série de règles, qui se hiérarchisent d'après leur valeur respective, tenant elle-même à leur situation par rapport aux réalités sociales d'où elles surgissent. Ce qui est principe tout à fait général reste indiscutable, mais

---

science allemande, Paris, A. Hermann et fils, 1915. — J. Roume, *A propos de la méthode juridique*, thèse de doct. Droit, Montpellier, 1922. — G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924.

s'adapte assez mal aux faits. Viennent ensuite des règles moyennes, offrant déjà plus de prise à la critique, mais se rapprochant davantage de la vie. Au-dessous encore, on trouve des solutions plus précises, enserrant presque exactement les réalités, en revanche prêtant le flanc à la discussion et au doute. Toujours, d'ailleurs, s'agissant de « donné », nous restons dans le domaine des préceptes suggérés par la raison et souvent confirmés par la croyance (n^os^ **166-177**).

VII. — Tout ce « donné », trop abstrait encore par rapport aux réalités tangibles, doit être mis à effet, au moyen d'une « technique », consistant en action plus qu'en connaissance, œuvre de volonté plutôt que d'intelligence. Ce qui caractérise et spécifie la « technique », juridique, c'est l'artifice agissant sur les choses, les modelant, en quelque sorte, par une série de moyens, tous adaptés au but propre du droit. — Ces moyens sont infinis, parce qu'ils comportent toutes les ressources de l'ingéniosité humaine. Ils sont nécessaires, pour que le droit atteigne son but final et concret. Et, ils seront d'autant plus parfaits, qu'ils permettront de réaliser ce but plus rapidement, plus complètement, plus économiquement. Ils ne sont pas sans dangers, en raison même de leur caractère artificiel et presque mécanique, contre les conséquences fâcheuses duquel s'imposent des remèdes appropriés (n^os^ **179-191**).

VIII. — Parmi les nombreux procédés techniques (n^os^ **193-195**), il en est de plastiques, se traduisant matériellement (n° **202**), consistant principalement en formes, dont le but général est de donner aux institutions juridiques des arêtes et des contours, qui les spécifient et les distinguent de ce qui n'est pas juridique, et qui permettent ainsi de les régir, à l'exclusion et à part des autres opérations de la vie sociale. — Si elles ont eu

jadis leur éclatante floraison, les formes, renouvelées, conservent encore une place essentielle dans le monde juridique moderne (n^os **203-206**).

IX. — Des formes se rapprochent les « catégories » juridiques, qui, à défaut de signes matériels, établissent, au moyen de certains éléments, confinant déjà à l'ordre intellectuel, des cadres d'institutions, d'où résulte que les faits ou circonstances, qui se trouveront ainsi « catégorisés », subiront, par là même, telle ou telle réglementation de droit. — Bien que semblant en décroissance d'application, les catégories persistent au fond de notre organisation juridique et expliquent certaines théories, à première vue un peu étranges, comme celle qui valide les donations déguisées sous les dehors d'une opération valable en soi (n^os **207-213**).

X. — A l'opposé des procédés plastiques, se présentent, en la technique du droit, des procédés, strictement intellectuels, consistant à ramener les réalités juridiques à des idées, qui permettent de les manier librement avec toutes les ressources de l'intelligence, sous l'impulsion de l'imagination créatrice. — Ces procédés, extrêmement variés, vont depuis l'expression, plus ou moins adéquate, des réalités par les concepts, jusqu'aux fictions de droit proprement dites, en traversant les présomptions de droit. — Ils développent le droit positif par la voie des hypothèses et autres constructions de l'esprit; mais leurs résultats ne valent que dans la mesure de leur influence bienfaisante sur la vie réelle; ceci en exige un contrôle incessant, qui ne se peut faire qu'au moyen du « donné » (n^os **214-253**).

XI. — La terminologie et la phraséologie interviennent aussi, pour créer et développer certaines règles du droit. — Ce sont des instruments précieux, dont la valeur dépend de l'influence qu'il faut reconnaître au langage, sur les

réalités sociales en général, et, plus particulièrement, sur les réalités juridiques (n^os **254-260**).

XII. — Il est encore bien d'autres procédés, qu'on peut rattacher à la technique du droit, quoiqu'ils échappent à une classification précise : ainsi, ceux qui opèrent par subtitution du quantitatif au qualitatif, ou encore par simplification des conditions juridiques des règles (n^os **196-198**); à quoi s'ajoutent mille « trucs » indéfinissables de pratique, et, plus généralement, tous moyens de mieux faire pénétrer le droit dans la vie sociale. — Ils doivent être appréciés suivant les mêmes principes; ils se combinent et se hiérarchisent d'après leur valeur respective (n^os **192**; **261-267**).

XIII. — Mais, une place à part doit être faite, parmi les moyens de la technique du droit, aux sources formelles, principalement à la loi écrite. Celle-ci, combinaison de matière, d'intelligence, de volonté, de mots, constitue, au premier chef, un procédé technique. L'artifice y est, de tous points, visible. Mais elle paraît indispensable, à un certain degré de civilisation, pour accréditer la plupart des règles de droit. — La perfection de cet instrument technique, qui souvent en absorbe d'autres, le met en fait au premier rang, à tel point que le droit positif se confond, pour beaucoup, avec la loi. Il faut pourtant avoir égard à son caractère artificiel, pour lui assigner sa juste mesure d'influence. Et, d'autre part, il faut convenir, qu'entre tous les moyens techniques, la loi écrite offre un aspect et joue un rôle nettement spécifiques (n^os **199-201**).

XIV. — Bien que le droit positif repose essentiellement sur le « donné », et qu'une élaboration proprement scientifique doive présider à sa constitution, un certain degré de « construction » se montre nécessaire, pour en adapter

les préceptes aux exigences concrètes de la vie sociale; et tous les procédés de l'élaboration technique conspirent utilement à en développer les germes (n° **276**).

XV. — Spécialement, si un minimum de concept apparaît indispensable, pour hausser les règles elles-mêmes à la préhension de l'esprit, il est certain, d'autre part, que les concepts, habilement maniés, fécondent les solutions acquises et, par là, amplifient et élargissent, non sans profit, les institutions juridiques (n° **277**).

XVI. — D'un autre côté, tandis que la « libre recherche » du jurisconsulte apparaît, en elle-même, capable de subvenir à tous les besoins de la jurisprudence, il est pourtant certaines matières, qui, de leur nature, requièrent une formule autoritative expresse, et ne peuvent pratiquement, dans l'état actuel de notre civilisation, être juridiquement réglementées que par la loi. Ces matières, dont le nombre et l'importance s'augmentent avec les complexités de l'état social, n'ont pu être indiquées qu'avec hésitations et réserves (n° **278**).

XVII. — Mis à part les cas où la loi écrite lui dicte ses décisions, la liberté de l'interprète variera selon la nature de la matière offerte à son élaboration. Entièrement réduite en face du « donné » qui s'impose, ne laissant place qu'à l'exercice même du jugement dirigé par la raison et attiré vers l'idéal, cette liberté rencontre un champ d'application beaucoup plus vaste dans l'usage des procédés techniques, de ceux surtout, qui, reposant essentiellement sur l'activité de l'esprit, impliquent large épanouissement de celui-ci pour toutes les constructions, sans lesquelles le pur « donné » resterait stérile, et qui forment, en quelque sorte, l'âme de la vie progressive du droit (n^os **279-283**).

XVIII. — Dans les conflits, qui se peuvent produire

entre les éléments scientifiques et les éléments techniques de l'élaboration du droit, les premiers, ayant pour base un « donné », doivent normalement l'emporter sur ceux qui n'ont qu'une valeur « constructive », toutes les fois, du moins, que ces derniers sont en dehors de l'intervention d'une autorité supérieure, investie d'un pouvoir propre de décision (n^os **284-287**).

XIX. — Pour le dernier cas, ainsi réservé, qui se réalise de façon typique dans le conflit de la loi positive écrite avec le droit naturel, les considérations les plus graves, visant l'ordre, avant tout essentiel à la justice, nous conduisent à faire prévaloir, en principe, la loi positive, sauf à paralyser ou énerver cette suprématie déconcertante, soit par les garanties imposées à l'exercice du pouvoir législatif, soit par le système de droits supérieurs consacrés en des constitutions rigides, soit par des moyens préventifs empruntés surtout à la procédure constitutionnelle, soit, mieux encore, par les sanctions répressives, traduites en l'exception d'inconstitutionnalité ou en un recours direct porté devant une juridiction supérieure, soit, à titre subsidiaire, par le correctif indirect de la responsabilité de l'État législateur, soit, enfin, par le moyen désespéré de la résistance violente à l'oppression pouvant aller jusqu'à l'insurrection légitime (n^os **288-297**).

XX. — Parmi ces moyens, il faut surtout relever — indépendamment du recours direct pour abus supposant une juridiction suprême, dont on hésite à souhaiter l'établissement — l'exception d'atteinte flagrante au « droit supérieur », qui, fonctionnant déjà, comme exception d'illégalité, à l'encontre des règlements contraires à la loi, pourrait, ce semble, par un simple développement de jurisprudence, que favoriserait une doctrine autorisée, être admise, à titre d'exception d'inconstitutionnalité, devant toutes juridictions quelconques, contre la loi heurtant violemment les

principes constitutionnels, et ce sans altération d'aucun des principes essentiels (sainement compris) de notre droit public (nos **292-294**).

XXI. — Il importe d'observer aussi, que le droit à l'insurrection, compris comme légitimant une résistance passive, des sujets personnellement touchés, aux lois écrites, qui violeraient d'une façon intolérable les facultés essentielles de l'homme consacrées par le droit naturel, et érigé en sauvegarde indispensable de la conscience, pourrait fournir, contre les abus criants de la loi positive, un remède exceptionnel, qui assurât, dans les cas extrêmes et désespérés, le triomphe de la justice irréductible sur les caprices d'une autorité outrageusement oppressive (n° **296**).

303. — Élevons-nous maintenant au-dessus de ces conclusions concrètes, pour essayer d'en dégager un enseignement plus large et de portée plus profonde ; nous apercevrons, sans peine, comment le point de vue proposé situe le droit au milieu des autres disciplines sociales et se défend victorieusement contre quelques hésitations encore possibles.

A la question, souvent posée : le droit est-il science ou art? nous pouvons maintenant répondre plus hardiment que jamais[1] : il est, à la fois, l'une et l'autre; science, en tant qu'il repose, avant tout, sur la pénétration de réalités directrices de la vie sociale ; art, en même temps, puisqu'il se développe essentiellement sous l'effort de l'ingéniosité humaine. Et, cette dichotomie, largement entendue, permet au jurisconsulte de concilier le besoin d'une critique de fond, inhérent à toute œuvre de l'esprit, avec la tendance à l'action progressive, qui suppose la confiance appuyée sur la certitude.

---

1. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, t. I, p. 18-20 (n° 7).

Or, tout d'abord, la science domine Car, il ne s'agit plus seulement aujourd'hui, comme TAINE le demandait jadis, de souder les sciences morales aux sciences naturelles; il faut traiter la science entière comme un tout homogème et, dans cet ensemble, reconnaître au droit sa place nécessaire[1], non sans confesser que les sources, qui l'alimentent, à ce point de vue, restent faibles et insuffisantes.

Mais, plus la pénétration du « donné » est malaisée et relativement peu féconde dans les sciences morales, où la certitude s'acquiert moins facilement que dans les sciences mathématiques et physiques, plus il y faut pousser l'effort de « construction », permettant à l'art de suppléer aux défaillances de la recherche.

De fait, s'il est un résultat acquis de la crise terrible, que le monde civilisé vient de traverser et dont il n'est pas encore sorti, c'est la constatation de la débilité irrémédiable de l'humanité, pour scruter le fond des choses, dans tout le domaine social, et pour se diriger en conséquence. La difficulté à vaincre est telle, que l'on ne peut essayer de s'en tirer, qu'au moyen de l'empirisme, marchant pas à pas au milieu des obscurités et des embûches de la route, et s'efforçant de juxtaposer les unes aux autres quelques solutions, qui pussent satisfaire au sentiment intime de la justice, en faisant régner un ordre suffisant dans la Société des hommes.

Cet « empirisme organisateur », comme on l'a ingénieusement appelé, se traduit précisément dans la technique juridique. Les procédés, multiples et variés, de celle-ci, permettent seuls d'adapter à la diversité, si complexe et si enchevêtrée, des faits, les principes, extrêmement généraux et vagues, que nous dicte la considération scientifique du juste. Aussi, l'effort capital du juriste se concentre-t-il

1. Comp. MONIEZ et L. BALLEYDIER (à propos du centenaire de la Faculté de droit de Grenoble), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1907-2, t. LIV, p. 80, p. 86-87.

autour de la technique. La jurisprudence des tribunaux nous offre, à cet égard, le plus instructif des modèles. Il suffit qu'elle en prenne pleinement conscience et qu'elle sache pousser, encore plus avant et plus hardiment, ses décisions dans le même sens. S'inspirant de son exemple et la devançant même dans la voie de la construction méthodique, la doctrine soutiendra constamment la pratique dans son œuvre de réalisation du droit. Et, toutes ces disciplines conspirant au même but, doctrine, pratique, jurisprudence, resteront essentiellement pénétrées de la suprématie des préceptes, qu'elles s'efforcent de mettre en œuvre.

Nous objectera-t-on, qu'en réduisant le droit à une technique, nous le rabaissons de façon fâcheuse? — Si pourtant, il n'était que cela, mieux vaudrait encore le reconnaître que de se laisser duper par un idéal chimérique. Mais, notre position nous défend contre le reproche qu'on nous impute, par cela que nous avons fait reposer tout l'édifice juridique sur un donné supérieur, d'ordre nettement scientifique.

Criera-t-on, d'autre part, à l'arbitraire, en redoutant le rôle, que nous assignons à la volonté humaine dans la création et le développement des règles du droit? — Pour échapper à la critique, il suffit de rappeler que liberté et convention ne se confondent pas avec arbitraire, puisqu'elles doivent être dirigées par un but préfixé et indépendant des caprices humains.

Enfin, dira-t-on que la technique est impuissante à assurer la mission suprême du droit? — Nous en sommes parfaitement d'accord. Mais, c'est assez qu'elle contribue à en développer les germes, pour reconnaître la part importante, que lui offre le vaste domaine de l'élaboration juridique.

304. — Notre distinction de « science » et de « technique » serait-elle particulière au droit privé?

Conforme aux résultats les plus assurés de la critique moderne des sciences, complétée par les tendances pragmatistes, elle me semble dominer tout ce qui touche la conduite humaine.

Ne la trouverait-on pas dans la Religion, où, — à côté de données fondamentales, — s'offre tout un ensemble de moyens plastiques, formes (ex : sacrements; rites de toute sorte) ou catégories, voire de procédés intellectuels, au premier rang desquels se placent les formules dogmatiques [1].

On peut relever, en Morale, une dichotomie analogue entre les préceptes capitaux et les moyens pratiques de leur réalisation. Et Tolstoï me paraît en avoir eu le sentiment très profond, quand il a indiqué deux aspects distincts de la direction morale : la définition extérieure (correspondant à notre technique); l'indication d'une perfection à titre d'idéal (représentant la science au sens indiqué) [2].

Mais, laissons ces analogies discutables, pour rester sur le terrain juridique, où la distinction apparaît beaucoup plus nette.

M'en tenant au domaine qui m'est le plus familier, j'ai poursuivi cette distinction dans le droit privé, qui demeure le type idéal du droit, comprenant le droit civil, le droit commercial, la partie spécifique du droit industriel, la procédure civile et commerciale, sans même parler du droit criminel. — Je soupçonne que la même distinction serait plus fructueuse encore dans le droit public, lequel, en dépit de ses progrès hautement reconnus [3], reste encore fort entaché de verbalisme. Quel avan-

---

1. Comp. Ed. Le Roy, *Dogme et critique*, 4e éd., Paris, Bloud et Cie, 1907, et tout le mouvement d'idées soulevé par cet ouvrage, dont je suis loin, d'ailleurs, d'accepter toutes les conclusions.

2. L. Tolstoï, *Postface de la Sonate à Kreutzer* (1890), dans *Œuvres complètes du Comte Léon Tolstoï*, trad. de J.-W. Bienstock, Paris, P.-V. Stock, t. XXVII, 1912, p. 397-411.

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Science et technique*, t. I, 1914, p. 10, note 1 (n° 3).

tage n'y aurait-il pas, dans l'étude de la constitution de l'État et de ses rapports avec les sujets, à bien séparer, les unes des autres, les notions hétérogènes, pour faire à chacune d'elles sa place exacte? — Et, si nous pénétrions dans le domaine du droit international, nous apercevrions, sans peine, que la plupart des déceptions, qui y ont été éprouvées, tiennent surtout à ce que l'on a beaucoup trop négligé ses éléments propres de réalisation. On a voulu le tailler sur le modèle exclusif du droit privé et l'on a prétendu résoudre les litiges, qui intéressent la vie même des nations, par les maximes régissant les menus intérêts particuliers[1]. Mais, si l'on consentait, ici encore, à séparer le « donné » du « construit », on verrait, je pense, qu'il y a lieu, pour régir les relations entre États, à une technique spéciale, basée notamment sur un équilibre de forces, qu'il s'agit d'organiser de telle sorte, qu'une pièce de l'agencement, tendant à sortir de sa place, y soit ramenée automatiquement par le jeu de toutes les autres[2]. Et, peut être la « Société des nations », malgré son organisation encore rudimentaire, offre-t-elle un premier essai d'une formation technique en ce sens.

---

1. Comp. Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XXVI, chap. XVI, *in fine* : « Il est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers, par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière, pour me servir de l'expression de Cicéron ».

2. Comp. W. Loubat, *Les destinées du droit international*, feuilleton du *Temps*, du 16 mai 1916.

ÉTUDES COMPLÉMENTAIRES

I

LES BASES FONDAMENTALES DU DROIT CIVIL EN FACE DES THÉORIES DE L. DUGUIT[1].

1. — Le tome I de la deuxième édition du *Traité de droit constitutionnel*, publié en 1921 par le doyen L. Duguit, est consacré, pour la plus grande part, à une théorie générale du droit, qui intéresse tous les juristes, et, au premier rang, les civilistes.

En dépit de sa forme, abstraite et strictement logistique, qui en rend l'abord un peu rébarbatif, en même temps par ailleurs qu'elle en fait la puissance séductrice et prenante, cette théorie mérite un examen attentif. Car elle prétend — ou peu s'en faut — détruire tout notre attirail traditionnel de concepts, de constructions, de définitions et de mots, qui serait plein d'obscurités, de complications, de subtilités inutiles, souvent même nuisibles, pour lui substituer un système, parfaitement simple, d'une clarté aveuglante, aussi nettement saisissable que pleinement adéquat aux réalités de la vie sociale. — Assurément, si cela est, nous devrons entrer dans les idées et adopter les formules de L. Duguit. Mais, avant

1. Cette première étude complémentaire a paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 779-829.

de nous arrêter à ce parti, il est prudent, il est nécessaire de regarder les choses de plus près. *A priori*, en effet, nous hésiterons à croire que, depuis tant de siècles que s'est constituée la construction civiliste, nos maîtres se soient plu à compliquer, obscurcir, embrouiller, alambiquer l'ensemble des notions, issues des circonstances courantes de la vie juridique, pour que ce *complexus*, qu'ils ont solidement forgé doive aujourd'hui se dénouer, le plus aisément du monde, et pour le plus grand profit de la vérité, à la lumière d'une philosophie aussi courte, aussi superficielle, aussi simpliste et, ajoutons-le, aussi largement dépassée que le positivisme agnostique, auquel se rattache délibérément L. Duguit. — Pourtant, la chose reste possible. Des révolutions analogues et, pour ainsi dire, « explosibles à retardement », se sont parfois annoncées, sinon toujours produites effectivement, dans la science. Et nous sommes, encore, à l'heure actuelle, assourdis des clameurs, qui, en des champs d'étude différents du nôtre, proclament audacieusement une rénovation complète des sciences mathématiques et physiques, sous l'influence de ce simple mot : « relativité ». Quelle joie, pour nous juristes, si nous pouvions, à notre tour, dirimer toutes nos vieilles querelles et entrevoir un avenir de progrès indéfini, sous l'égide d'un « droit objectif », à base exclusivement réaliste!

La simple possibilité d'un résultat aussi précieux invite les civilistes à une critique, sincère et sympathique, des théories de L. Duguit, dans leurs rapports avec les bases fondamentales du droit privé. Il importe de dégager ce qu'il y a de vraiment nouveau dans la position prise par l'éminent doyen de Bordeaux, de relever aussi exactement que possible ses thèses propres, tant négatives que positives, de reconnaître ce qu'elles offrent d'acceptable et ce dont elles nous permettent d'enrichir notre discipline, d'observer aussi et de déclarer, en toute franchise, ce par quoi elles restent inadmissibles ou insuffisantes.

J'ai déjà procédé à une étude de ce genre, en 1915, sur ce qui était alors publié de l'œuvre de L. DUGUIT [1]. Je n'aperçois rien à retirer de ce que j'ai écrit à son sujet et, avant tout, j'y renvoie, purement et simplement, pour m'épargner des redites [2]. Mais, comme la pensée de notre auteur a pris plus d'ampleur et, sur quelques points, plus de précision dans le tome I de la seconde édition du *Traité de droit constitutionnel*, comme on sent, sous cette dernière forme, une plénitude, à peu près définitive, acquise à sa théorie, ce nouvel et décisif effort me paraît mériter une mise au point corrélative de la critique. Aussi bien, ne veux-je envisager ici que les saillants capitaux de la position actuelle de L. DUGUIT, et eu égard seulement à tout ce qui touche le droit civil très largement entendu. Rien d'étonnant, d'ailleurs, si ce point de vue va nous placer en face des thèses fondamentales du système, puisqu'un de ses traits les plus accusés et les moins contestables consiste dans le rapprochement du droit public et du droit privé [3]. Il est bien entendu, toutefois, que je négligerai complètement ce qui concerne la forme spécifique de l'État et les problèmes qu'elle soulève, ou, dans la terminologie de L. DUGUIT, la situation des gouvernants et celle de leurs agents, leurs rapports respectifs et ceux qu'ils ont, les uns et les autres, en leur qualité propre, avec les particuliers [4].

2. — On connaît les principes directeurs — d'ailleurs extrêmement simples — des recherches de L. DUGUIT.

---

1. Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, octobre 1915, chapitre septième (XII), n^os **115-138**, p. 191-272.

2. V. aussi Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, p. 213-228 (n° **224**).

3. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, 1921, t. I, p. 522-550.

4. Je n'ai voulu, d'ailleurs, considérer ici que le tome I de la seconde édition du *Traité de droit constitutionnel*, le seul qui fût publié au moment où j'ai écrit ces pages.

Bien qu'il ait, franchement et depuis longtemps, renoncé à une assimilation séduisante des lois du monde moral à celles du monde physique [1], il estime que le seul procédé de découverte acceptable, dans le domaine des sciences sociales, dont le droit ne forme qu'un compartiment à caractères propres, se réduit à la « méthode d'observation combinée avec le puissant moyen d'investigation qu'est l'hypothèse déductive [2] ». Il s'en tient donc aux réalités observables et décline, en principe, toute considération qui excèderait la stricte constatation des faits. Notamment, il combat, avec ténacité et insistance, la tendance, qu'il croit reconnaître dans l'esprit humain, à chercher derrière les réalités perceptibles, et pour les soutenir, une entité que rien ne justifie et qui ne peut rien expliquer [3]. Au demeurant, s'il n'évite pas toujours les embûches des postulats métaphysiques [4], du moins se gare-t-il soigneusement contre toutes apparences d'entraînements idéalistes, sauf à se dédommager de la sécheresse inhérente à sa méthode par la finesse, parfois aiguë, des analyses psychologiques et par une raideur tranchante d'argumentation logique, qui n'est pas sans jurer étrangement avec le principe initial de ses investigations. Tout en demeurant étranger aux inclinations pragmatistes, puisqu'il affecte d'ignorer la distinction du bien et du mal, L. Duguit n'échappe pas à l'influence des motifs utilitaires et sait, au besoin, juger l'arbre à ses fruits [5]. — Malgré toutes ces concessions à la faiblesse de l'esprit et à la force des

---

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 11, p. 19-20, p. 24, p. 27, p. 57, p. 121, p. 542.

2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 526-527. — *Adde*, p. 329.

3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 10-11, p. 62-63, p. 155, p. 166, p. 178-179, p. 201, p. 253, p. 265, p. 301, p. 334-335, p. 369-370, p. 400-401, p. 476.

4. Ne va-t-il pas jusqu'à parler de la « substance » du vouloir? *Ibid.*, p. 20. — Comp. p. 17-18.

5. Voy. par exemple : L. Duguit, *op. cit.*, p. 59, p. 370-371, p. 377, p. 383-385, p. 392, p. 405-406, p. 427, p. 443, p. 451, p. 478-493, p. 496, p. 498-499, p. 525.

traditions, on peut dire qu'il suit, avec toute l'intransigeance humainement possible, les déductions d'un système, purement réaliste, basé sur les faits et soumis à leurs seules suggestions.

3. — Avec ce point de départ, il n'est pas étonnant que L. Duguit ait surtout accumulé les négations destructives du système juridique traditionnel[1]. Négation, au moins apparente, du concept d'un droit naturel, dégagé par la raison de l'ordre des choses et dominant les législations et jurisprudences positives. Négation des droits individuels, inhérents à la nature de l'homme, antérieurs à la société et, comme tels, indépendants de ses exigences spécifiques. Négation de tout droit subjectif et de la notion même du sujet de droit. Négation des personnes morales, voire de toute entité collective, envisagée comme unité distincte des individus qui la composent. Négation de la personnalité de l'État, de sa souveraineté, du droit subjectif de puissance publique. Négation du pouvoir, pour la volonté autonome, de créer le droit. — Et, comme conséquences ou prolongements de ces négations capitales, surgissent, de ci de là, quelques paradoxes, plus étranges encore dans leur brutalité concrète, par exemple, que l'infans et l'insensé ne sont aucunement sujets de droit, pas même de droit objectif[2], que la représentation d'une volonté par une autre est un concept incompréhensible et d'ailleurs inutile[3], que la propriété n'est pas un droit, mais une simple affectation des choses à un but déterminé[4].

Pourtant, il y aurait erreur à croire et injustice à dire que L. Duguit n'offre pas de conclusions positives. Tout au rebours, il s'efforce à reconstruire, en matériaux de meilleur aloi, l'édifice qu'il a bouleversé. Or, c'est précisé-

1. L. Duguit, *op. cit.*, préface, p. x.
2. L. Duguit, *op. cit.*, § **39**, p. 335-346.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 340-341, p. 355-356, p. 358-359.
4. L. Duguit, *op. cit.*, p. 263-268.

ment cette construction nouvelle, qui est particulièrement intéressante pour nous. Il s'agit de savoir ce qu'elle vaut et, non seulement, si elle est plus simple et plus solide que la précédente, mais encore si elle satisfait aussi bien, sinon mieux, les besoins de la vie sociale. Pareille appréciation veut une confrontation constante entre les négations de la doctrine et ses affirmations, qui, de fait, ne se peuvent isoler.

Acceptant ce point de vue et m'attachant d'autre part aux thèmes de la théorie particulièrement importants pour les civilistes, je voudrais examiner, d'après le tome I du nouveau *Traité de droit constitutionnel* de L. Duguit :

I. La constitution du droit objectif.

II. La critique du droit subjectif.

III. La configuration donnée au sujet de droit.

IV. La théorie de l'acte juridique et de ses principales variétés.

I

Constitution du droit objectif.

4. — Toute la doctrine juridique de L. Duguit se concentre autour « du droit objectif ». — Il importe donc, avant tout, de connaître et d'apprécier la notion qu'il nous en présente et les principaux développements qu'il lui donne.

Aux yeux de L. Duguit, le droit est, essentiellement et exclusivement, une règle de conduite, qui s'impose à l'homme vivant en société, sous une sanction socialement organisée. Telle est la « règle de droit », ou norme juridique, dont les applications variées, prises dans leur ensemble, constituent le droit objectif.

Si l'on veut savoir d'où vient ce droit objectif, quel en est le fondement, quelle en est l'étendue, il suffit de se représenter la série des faits, que nous offrent une observation et une réflexion élémentaires. L'homme est un être

conscient et sociable, de qui l'activité n'est pas impérieusement commandée par la causalité mais seulement déterminée par des buts[1]. De là surgit la notion de la norme sociale, dont « l'objet est d'obliger tout individu à agir de telle sorte qu'il respecte l'autonomie des autres et la sienne propre, en tant qu'elles sont des éléments de la vie nationale[2] ». — La norme sociale, au sens large, qui implique, de soi, une nécessité sous menace de réaction basée sur le fait de la solidarité sociale, n'a pas toujours le même caractère et la même rigueur. Ce peut être une norme économique, dont la violation produit une réaction sociale, qui ne touche que la richesse, sa production et son emploi. Ce peut être une norme morale, dont la méconnaissance entraîne une réaction sociale diffuse, telle que l'approbation ou la désapprobation des autres membres du groupe. La norme est juridique (règle de droit), quand la masse des individus, composant le groupe, comprend et admet qu'une réaction, contre ceux qui la heurtent, peut être socialement organisée, sans que ce résultat suppose comme nécessaire l'intervention de l'État, qui n'est que le monopole de la contrainte[3].

Cette sanction plus énergique, qui spécifie la norme juridique ou règle de droit, repose, comme on le voit, sur la conscience du groupe (simple juxtaposition des consciences individuelles), qui est déterminée elle-même par deux facteurs : le sentiment de la socialité, ou du lien unissant ensemble les membres du groupe, et le sentiment de la justice, continuellement changeant dans ses manifestations, mais, dans son fond, toujours identique à lui-même, en la double forme, de la justice distributive et de la justice commutative, reconnue depuis Aristote et si précisément analysée par saint Thomas d'Aquin[4].

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 11-16.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 22.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 16-36, p. 39.
4. L. Duguit, *op. cit.*, p. 45-72.

Telle est la véritable source du droit objectif. Car on ne saurait donner ce nom aux institutions sociales, qui ne sont que modes de sa constatation : la coutume, la loi écrite, la jurisprudence. La loi ne vaut, pour le juriste, que comme document; elle constitue aussi une limite au pouvoir de fait de l'administrateur et du juge. La coutume et la jurisprudence n'ont pas moins d'efficacité, pour marquer la règle de droit et l'adapter aux exigences de la vie sociale [1].

Il existe, en effet, deux sortes de règles de droit : les unes, normatives, qui sont simplement énonciatrices de préceptes, commandements ou défenses, et se trouvent presque toujours à l'état latent dans la loi; les autres, constructives ou techniques, qui organisent les voies de droit destinées à assurer l'application des premières, ressortent plus nettement de la plupart des textes légaux et sont l'objet, à peu près exclusif, de la coutume et de la jurisprudence [2].

Enfin, à côté de la règle juridique, surgissant dans le sein d'un groupe social homogène, on conçoit aussi une règle de droit intersociale, qui reposerait, non pas sur la conscience des nations (étrangère à toute observation réelle), mais sur celle des individus de nations différentes [3].

5. — A titre descriptif et explicatif, cet exposé de L. Duguit n'est pas seulement d'un grand intérêt; il pénètre, plus avant que nos définitions et distinctions classiques, dans le sein même des réalités, qui donnent lieu au règlement juridique. Par là, il nous fait mieux sentir la puissance de ces réalités et nous découvre plus pleinement la valeur respective des éléments, dont se compose l'organisation sociale.

Mais, arrive-t-il à nous fournir une véritable justifica-

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 72-99.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 36-46.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 99-110. — *Adde* p. 559-561.

tion de la règle de droit, et par conséquent à asseoir, comme il le faut absolument, le droit objectif sur un fondement indestructible? — On a signalé, dès l'origine, la faiblesse capitale de la théorie de L. Duguit, qui, du simple *fait* de la solidarité sociale, tirait le principe d'*obligation*, inhérent à la notion même du droit. Aussi, s'est-il efforcé de répondre à l'objection. Celle-ci tient, suivant lui, à une équivoque, ou, plutôt même, à un malentendu sur le sens de l'*obligation*, impliquée dans la règle de droit. Si l'on entendait par là « un devoir s'imposant à certaines volontés de manière à constituer pour elles un caractère particulier affectant leur substance même » ou « une sorte de pouvoir négatif qui ferait de ces volontés des volontés subordonnées », un principe d'ordre métaphysique supérieur pourrait seul lui servir de base. Mais, ce n'est pas ainsi que L. Duguit comprend le caractère obligatoire de la norme juridique. Celle-ci n'est, à ses yeux, pas autre chose qu'une règle qui s'impose aux hommes en fait; et elle s'affirme telle, « quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée[1] ». — Écartons l'idée, que L. Duguit prête bénévolement à ses contradicteurs, d'une sorte de hiérarchie métaphysique entre les volontés[2], idée que, pour ma part, je décline absolument et déclare même ne pas très bien saisir; il reste, du moins, une opposition nette entre la notion d'une règle, qui s'impose par sa valeur propre, sous l'appréciation de la raison, suivant la doctrine traditionnelle, et celle d'une règle imposée du dehors par la conscience de la masse du groupe, s'accordant en faveur d'une réaction susceptible d'être socialement organisée, d'après la doctrine de L. Duguit.

L'opposition étant ainsi établie, il incombe à chacun de

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 17-18, p. 36. — *Adde* p. 71-72.
2. V. notamment : L. Duguit, *op. cit.*, p. 3, p. 7, p. 18, p. 70, p. 105, p. 243, p. 253, p. 259, p. 408-409.

choisir entre ses deux termes et toute discussion ultérieure là-dessus semble vaine. — Encore convient-il de voir, si L. Duguit reste jusqu'au bout fidèle à sa définition. Cherchant à analyser les facteurs, qui contribuent à former l'état de conscience, où il a trouvé la source créatrice du droit, il reconnaît, comme tels, deux faits, le sentiment de la socialité et le sentiment de la justice[1]. Or, bien qu'il insiste sur le caractère subjectif de ces « sentiments », il n'est pas malaisé de reconnaître, à leur base, deux notions essentiellement rationnelles, sur lesquelles les partisans de la tradition peuvent bâtir, en toute confiance, l'édifice juridique. De fait, l'analyse du sentiment de justice, que nous offre L. Duguit, est directement empruntée aux philosophes, qui ont le plus nettement affirmé le rôle capital de la raison dans le discernement du droit[2]. Et, je sais bien que ces philosophes ont pu être eux-mêmes victimes de cette influence psychologique, qui explique les « sentiments » de la masse des hommes. Mais, il faut convenir, tout de même, que le contenu de ces sentiments est bien logiquement enchaîné, que, s'il s'impose à tous, c'est qu'il a sans doute quelque vertu interne, et, à la façon même dont L. Duguit nous le présente, nous sommes fort tentés de penser que sa raison y adhère comme les nôtres. D'ailleurs, il est à remarquer que, lorsqu'il veut justifier à fond les solutions, qu'il prétend déduire de son système, l'argument décisif se tire toujours de leur valeur intrinsèque et de l'inconvénient des solutions différentes[3]. N'est-ce pas, encore et toujours, sa raison qui intervient, pour contrôler les suggestions de la conscience commune, et, au besoin même, les rectifier ?

Pourtant, L. Duguit insiste et nous dit : il est d'autres normes sociales que la norme juridique. Il y a des normes

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 47-56.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 51-53.
3. V. par exemple, L. Duguit, *op. cit.*, p. 59, p. 370-371, p. 377, p. 383-385, p. 392, p. 525. — Comp. ci-dessus, p. 162, texte et note 5.

économiques et des normes purement morales. Des unes comme des autres, nul ne méconnaît la force impérative. Or, celle-ci n'a d'autre fondement que le fait social lui-même. Et, l'on n'objecte pas que ces normes ne reposent pas sur un principe supérieur. Pourquoi devrait-il en être autrement des normes juridiques[1]? — Cette argumentation, qui paraît décisive à notre éminent collègue, ne résiste pas à un examen attentif. Dans l'ordre économique, il importe de séparer les lois naturelles, qui régissent les phénomènes et qui, alors même que ceux-ci consistent parfois en actes volontaires des hommes, déterminent leurs rapports avec autant de rigueur que les lois physiques font les phénomèmes de la nature. De ces lois économiques peuvent se dégager, pour les hommes, certaines règles de conduite pratique, qui seules méritent la dénomination de *normes*. Or, il est clair que ces normes sont basées, en partie, sur les lois naturelles dont il vient d'être parlé, en partie sur des directions morales, constituant également des préceptes supérieurs, sans lesquels l'action reste absolument désemparée[2]. — Quant aux normes morales proprement dites, si on les réduit aux règles de mœurs pratiquées dans un pays donné, comme semble faire L. Duguit[3], la faiblesse de la sanction, qui s'attache à leur méconnaissance, s'explique précisément par la ténuité du principe de conformisme social, où se trouve pourtant leur seule raison d'être; et, si l'on y comprend les directions plus hautes tendant à un affinement des buts de la vie, il est trop clair, qu'à défaut de préceptes révélés par une puissance surnaturelle, elles ne puiseront leur énergie effective qu'en des principes issus des spéculations idéales de la raison. — En tout cas, il faut convenir, que ni les normes

1. V. notamment : L. Duguit, *op. cit.*, p. 27-28, p. 29. Comp. p. 63. *Adde* p. 100-101, p. 126, p. 129-130.

2. Comp. F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 366-369 (n° **165**).

3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 28.

économiques ni les normes morales ne sont suffisamment justifiées par certain contenu de conscience, chez la masse des individus, composant le groupe social, comme celui que L. Duguit prétend placer à la base de la valeur reconnue aux normes juridiques.

6. — Au surplus, disons-le franchement, il est fort heureux, pour la fermeté et la précision mêmes du droit objectif, que nous ne soyons pas réduits à le chercher dans les aspirations de la conscience de la masse des individus formant un groupe social donné. Car quelles ne seraient pas la mouvance, la malléabilité, partant l'incertitude, de ce criterium? L. Duguit l'a bien senti [1]. Et, c'est pour écarter une si grosse difficulté, qu'il établit, à côté du sentiment de la socialité, comme directives de la conscience commune, le sentiment de la justice, qui paraît asseoir « l'opinion » sur une base plus solide [2]. Mais, qui ne voit que, s'il en est ainsi, c'est que la justice représente un principe supérieur de raison, et que le simple sentiment des hommes sur le juste ou l'injuste — à le supposer dépourvu de tout fondement objectif — laisserait le champ ouvert à tous les flottements de l'opinion, et ne permettrait de dégager de celle-ci aucune direction assurée?

D'ailleurs, et pour nous rendre compte de la fragilité du critère proposé par L. Duguit, il suffit de considérer d'un peu près l'exemple, qu'il nous présente à deux reprises comme une épreuve décisive de sa doctrine. Il s'agit de la loi du 3 avril 1910, sur les retraites ouvrières et paysannes, dont on sait qu'elle est restée à peu près inobservée dans la pratique. — Aux yeux de L. Duguit, la raison de cette inobservation serait que l'*obligation* de la retraite pour certaines catégories de travailleurs, formulée par la loi du 3 avril 1910, ne serait pas entrée encore dans

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 47-48.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 49-56.

la conscience de la masse, que, pour celle-ci, la norme juridique serait actuellement celle de la retraite facultative, non pas celle de la retraite obligatoire : d'où l'impuissance de la force gouvernante à mettre en jeu les voies de droit créées par la loi officiellement promulguée. Il y aurait donc là comme une preuve expérimentale de l'idée, que « le droit tire exclusivement sa force de l'adhésion des consciences individuelles[1] ». — Cette ingénieuse explication ne saurait malheureusement tenir devant une critique sérieuse. Tous les juristes savent que, si la loi du 3 avril 1910 reste généralement inappliquée en France, c'est que le législateur, qui l'a édictée, a négligé d'assurer efficacement l'obligation qu'il entendait imposer. Les articles 3 et 23 de la loi, tels du moins que les interprète la jurisprudence de la Cour de cassation[2], sont formulés de telle sorte, que l'employeur, sur la seule activité duquel pourrait reposer effectivement la contrainte légale, n'encourt aucune sanction, lorsqu'il ne coopère pas spontanément à la loi, et qu'il ne peut même pas y donner les mains contre la résistance de l'assujetti[3]. Si les autres applications de notre législation sociale avaient été construites sur ce modèle, il est fort à croire qu'elles seraient également restées lettre morte. Et, par exemple, si la garantie des ouvriers contre les accidents du travail eût été subordonnée à une assurance, qu'il leur appartînt de consentir librement, on peut être à peu près certain, que son fonctionnement aurait donné lieu à des oppositions irréductibles. C'est que, par un sentiment très naturel,

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 44, p. 97-98.

2. Voy. notamment : Civ. rej., 11 décembre 1911, avec le rapport de M. le Conseiller Reynaud, *Sirey*, 1912.1.9. — 2 Crim. rej. et 1 Crim. cass., 22 juin 1912, *Sirey*, 1913.1.49. — Comp. Crim. cass., 3 février 1914, *Sirey*, 1914.1.416.

3. Voy. notamment : J. Cabouat, *Examen doctrinal de législation ouvrière*, dans *Revue critique de législ. et de jurisprudence*, 1912, nouv. série, t. XLI, p. 321-349. — J.-A. Roux, Note en *Sirey*, 1913.1.49. — H. Capitant et P. Cuche, *Cours de législation industrielle*, 2e éd., Paris, 1921, p. 251-255. — Comp., pour une tendance différente : A. Sachet, Note en *Sirey*, 1912.1.9.

les ouvriers, même ceux qui désirent ardemment le bénéfice des institutions de prévoyance, n'entendent pas en faire personnellement les frais et répugnent à toute mesure sollicitant d'eux un sacrifice immédiat, en vue d'un avantage incertain, en tout cas, fort éloigné. Cela ne signifie pas, d'ailleurs, que le système des retraites ouvrières obligatoires ne réponde pas, dès maintenant, aux aspirations de la conscience commune. Il s'y accorde ni plus ni moins, que mille autres formes de la prévoyance sociale. En vérité, il est extrêmement difficile, sinon impossible, d'acquérir une certitude sur ce point. Mais, sans l'attendre, il faut et il suffit, que le législateur, usant de sa raison propre, organise un système d'obligation, qu'il juge correspondre à la notion de justice, à condition qu'il sache créer une contrainte techniquement assortie de sérieuses sanctions, pour que ce système constitue le droit objectif effectivement établi, tandis, qu'à défaut d'une semblable organisation technique, les impulsions les plus accentuées de la conscience commune demeurent impuissantes à se réaliser dans la vie sociale. Le jour, où le législateur, sans même modifier le système de ses lois des retraites ouvrières, mais en corrigeant seulement leur défaut essentiel, aura, sous des peines appropriées, imposé au patron le versement de sa part contributive et la retenue corrélative sur le salaire de l'ouvrier, nul doute que la règle ne doive s'appliquer[1]. Et, il serait franchement puéril d'en conclure que la conscience commune a enfin accepté l'obligation.

Que si la conscience commune se montre impuissante à poser les principes généraux du droit, combien moins encore serait-elle capable de construire ces ingénieux rai-

1. Il en est ainsi, pour les versements prescrits par la loi du 25 février 1914, articles 4 et 10 organisant la « Caisse autonome des retraites des ouvriers mineurs ». Et ces dispositions, parce qu'elles sont bien conçues, s'appliquent sans difficulté. — Dira-t-on que la conscience commune, qui répugnerait à l'idée de retraite obligatoire pour les travailleurs en général, y est, au contraire, favorable pour les ouvriers mineurs?

sonnements logiques, qui constituent l'art suprême du jurisconsulte et manifestent la part capitale de la raison dans la technique même de toute la jurisprudence [1].

7. — En définitive, nous sommes toujours ramenés à la notion classique d'un droit naturel, résultant de l'ordre des choses et s'imposant, comme tel, à l'homme, sous le contrôle de la raison [2]. L. Duguit n'est pas loin d'en convenir [3]. Il prétend seulement que le droit naturel serait *nécessairement* universel et immuable. C'est de cet idéal absolu qu'il ne veut pas [4]. — Ici encore, il me semble dénaturer l'essence de la notion qu'il critique. La variabilité dans l'application, suivant les temps et les lieux, n'a rien qui répugne absolument au concept de droit naturel, consistant seulement en principes de justice, extrêmement généraux et susceptibles de variétés et d'assouplissements infinis [5]. Et, je ne vois pas, pour ma part, de contradiction formelle entre ces principes et la règle de droit objectif, « permanente en son principe, infiniment changeante dans ses applications », telle que nous l'a présentée L. Duguit [6].

Réduit à un minimum de contenu, mais d'autant plus

---

1. Comment la conscience commune arriverait-elle, par exemple, à élaborer une théorie de l'enrichissement sans cause, telle que l'a constituée, sans texte précis, la jurisprudence moderne. Voy., par exemple : A. Rouast, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 35-109.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, 1915. — *Adde :* A. Rouast, *op. cit.*, nos **31-40**, p. 91-109.

3. C'est ce qu'ont observé beaucoup d'autres que moi. Voy. notamment : G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*, Marseille, 1918, p. 34 (n° **27**). — G. Davy (*L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit*), dans *Revue philosophique*, 1920-1°, p. 272-276. — Comp., d'ailleurs, L. Duguit, *op. cit.*, p. 437 : « Une chose injuste reste telle alors même qu'elle est ordonnée par le peuple ou ses représentants aussi bien que si elle était ordonnée par un prince ».

4. L. Duguit, *op. cit.*, p. 72. — *Adde* p. 115, p. 121.

5. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, 1915, p. 252-253 (n° **130**).

6. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 11, p. 98-100, p. 150-152, p. 615.

puissant et fécond, le droit naturel est indispensable, pour maintenir, dans le développement des règles juridiques, la poussée incessante vers l'idéal, sans laquelle l'humanité resterait éternellement ballottée dans la lutte des intérêts et le tumulte des passions. Et, les aspirations de la conscience commune peuvent bien animer cette poussée, en suggérant les directions à suivre. Mais ces directions doivent être contrôlées et rectifiées par la raison, seule compétente, en dernier ressort, pour fixer définitivement le but à poursuivre et les moyens de l'atteindre.

Il paraît donc essentiel de réintroduire dans le système du droit objectif de L. Duguit, ou, du moins, d'y redresser, dans toute sa valeur, la notion de droit naturel, faute de laquelle il demeure ruineux.

Cela fait, nous pouvons conserver, pour en enrichir, avec le plus grand profit, la doctrine traditionnelle, et parfois en les élargissant encore, toutes les perspectives, dont il nous permet d'éclairer cette idée maîtresse et capitale : la solidarité, qui, même ramenée à l'état de simple fait social, fait mieux apercevoir toutes les dépendances des intérêts engagés dans les rapports juridiques; la notion générique de la norme sociale et l'opposition des normes économiques et morales (celles-ci plus largement entendues) aux normes juridiques; la supériorité du droit sur les modes de ses manifestations, alors même que ceux-ci s'imposeraient aux juges par des raisons pratiques; la mise en lumière des rôles respectifs de la loi, de la coutume, de la jurisprudence; la distinction des règles de droit normatives et constructives, en observant que ces dernières n'offrent qu'une application étriquée de la notion plus large de technique juridique[1]; et, pour couronner l'édifice : la réduction du rôle de l'État et la reconnaissance de la règle de droit intersociale, que nous voulons elle-même fondée sur la justice objective.

1. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, 1921, p. 19, note 2 (n° **182**). — Rappr. *ibid.*, n^os **179-184**, p. 4-26.

On voit que, pourvu qu'il soit rectifié dans son principe, comme il peut l'être si aisément, le « droit objectif » de L. Duguit demeure encore un ferment fécond, si on le veut introduire dans les substructions de l'édifice civiliste.

II

Critique du droit subjectif.

8. — Dans la doctrine de L. Duguit, le droit objectif doit suffire à tout. Et la notion corrélative de droits subjectifs, consistant — au sens le plus général — en certaines prérogatives, reconnues et consacrées au profit des personnes, tout au moins des hommes, est absolument superflue, voire contraire à la réalité, nuisible même par les erreurs qu'elle engendre. Elle doit être bannie de la science du droit.

Cette condamnation irrémissible du droit subjectif s'offre, d'ailleurs, sous deux formes, et, pour ainsi dire, à deux degrés, qui demandent à être exposés et appréciés distinctement.

Sous une première forme, L. Duguit, combat la doctrine, qu'il appelle « individualiste », et suivant laquelle tout l'édifice juridique reposerait sur les droits individuels ou droits de l'homme en soi. — Il est aisé de critiquer cette doctrine, quand on la suppose nécessairement représentée sous les traits que lui prêtaient certains philosophes du XVIIIe siècle : l'homme entrant librement en société avec tous les droits qui lui appartiennent à l'état de nature et qui le maintiennent en pleine égalité avec ses semblables, les droits de chacun n'étant limités que pour les accorder avec les droits identiques de tous. Qu'il y ait là, non seulement une affirmation gratuite, mais une abstraction sans réalité, — contredite par les faits, qui nous montrent l'homme essentiellement sociable, les inégalités nécessaires, les droits, en quelque mesure du moins, variables, — et dont le prin-

cipe se heurte à la notion même du droit subjectif, impliquant pluralité des sujets entre qui il existe, — nous en conviendrons sans peine avec L. Duguit[1]. — Mais, ces critiques admises à l'encontre d'une *certaine conception* de la doctrine individualiste, il reste à savoir, si nous pouvons faire aussi bon marché de l'idée, seule vraiment essentielle, que le règlement juridique est commandé par la nature de l'homme, en tant qu'elle ne peut vraiment s'épanouir et se développer que grâce à certains pouvoirs, qui lui permettent et de mener cette vie de société qui s'impose à lui et de tirer profit des choses du monde extérieur. Or, du moment que nous retenons ce minimum de représentation, qui paraît bien commandé par les faits, il ne s'agira plus que de décider, s'il y a lieu de le placer sous un concept lui méritant le nom du droit subjectif. Ici, va intervenir le second degré, seul vraiment important, de la critique de L. Duguit.

9. — Celui-ci, en effet, scrutant la nature de la situation faite aux individus par la règle de droit, s'acharne à démontrer que la notion même de droit subjectif est absolument inadéquate pour la représenter dans son essence propre.

Sans doute, la règle de droit normative impose des obligations d'action ou d'abstention aux individus dans leurs rapports avec les autres individus. Mais ces obligations ne répondent pas à la notion métaphysique du devoir : elles ne constituent point un caractère propre des sujets, une modalité de leurs volontés, qui subordonnerait celle des uns à celle des autres; tant au point de vue passif qu'au point de vue actif, elles n'expriment qu'une situation purement objective, générale comme la norme elle-même, variable avec elle, englobant les individus dans la discipline sociale du groupement dont ils font partie[2].

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 111-123. — *Adde* p. 556-558.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 123-133.

Quant aux règles constructives, qui ouvrent des voies de droit tendant à sanctionner directement ou indirectement les obligations négatives ou positives résultant de la norme, on reconnaît déjà qu'elles ne confèrent pas toujours un droit subjectif, puisqu'on admet, en certains cas de leur application, d'ailleurs forts malaisés à discriminer, soit de simples expectatives opposées aux droits acquis, soit des réflexes du droit objectif indépendants de toute faculté individuelle. Mais, il faut aller plus loin et dire que la règle constructive, ne valant que par la norme à laquelle elle se rattache, ne saurait, pas plus que celle-ci, enfanter jamais un droit subjectif[1].

De fait, — et si l'on met à part les nombreux actes de la conduite humaine, qui, n'étant ni conformes ni contraires à la règle de droit, se présentent comme juridiquement indifférents[2], — si l'on réserve pour l'instant l'acte juridique proprement dit[3], ou manifestation de volonté tendant à une modification dans l'ordre du droit, pour ne considérer que les actes matériels, qui n'ont pas semblable visée, — on est amené à distinguer, entre ceux-ci, suivant que, d'après leur objet et leur but, ils sont conformes ou contraires au droit objectif[4].

L'accomplissement des premiers — qui, en eux-mêmes, représentent simplement la manifestation d'une activité physique (ex. : passer sur la voie publique, se réunir pour une discussion quelconque, publier un livre, cultiver sa terre, y planter ou y bâtir, etc...) — ne pose pas de question de droit, tant qu'aucune entrave à leur exercice ne surgit de la part de tiers[5]. Pareille opposition donnerait, seule, lieu à une voie de droit, qui s'offrirait également,

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 134-147.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 149-150.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 150, p. 169. — Comp. chap. III, p. 211-317. — Voy. ci-après, p. 179 (n° 9, *in fine*).
4. L. Duguit, *op. cit.*, p. 148-149, p. 150-151, p. 169, p. 177.
5. L. Duguit, *op. cit.*, p. 169-171.

en face d'actes directement contraires à la règle par leur objet ou par leur but [1].

Or, en ces dernières hypothèses, qu'il y ait infraction pénale ou délit civil au sens le plus large du mot, il paraît, *a priori*, bien difficile d'admettre que la violation du droit objectif donne naissance à un droit subjectif. — L'analyse de la situation, telle qu'elle est unanimement reconnue, montre, en effet, qu'au cas d'infraction pénale, il n'existe pas d'obligation subjective à la charge de « l'infracteur ». Et, que l'action soit aux mains de la victime ou d'un agent public, aucun autre titulaire de droit n'apparaît possible que la collectivité personnifiée, à qui l'on ne saurait reconnaître un prétendu droit subjectif de puissance publique [2]. Il n'en est pas différemment au cas de délit civil, où ne se laisse discerner aucune concession de droit subjectif [3]. — Dans l'un et l'autre cas, s'est réalisée une condition telle, qu'une volonté déterminée agira conformément à la loi en demandant aux détenteurs de la force d'assurer la réparation et la cessation du préjudice. Tout cela résulte purement et simplement de la règle du droit objectif [4]

Cette manière de voir, qui s'adapte aussi bien aux actes matériels faits en violation d'une loi impérative, qu'à ceux qui méconnaissent la loi strictement prohibitive [5], permettrait seule d'expliquer la recevabilité de certaines actions formées par des collectivités dépourvues de la personnalité juridique ou n'ayant pas subi le préjudice dont elles se plaignent, aussi bien que les solutions de jurisprudence déclarant le concordat non opposable aux victimes de délits ou quasi-délits du failli, qui n'ont obtenu

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 172-173.
2. L. Duguit, *op. cit.*. p. 151-155. — *Adde*, contre l'idée d'un droit subjectif de puissance publique en général : *ibid.*, chap. v, §§ 45 et sq., p. 399 et sq., p. 513.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 156-158.
4. L. Duguit, *op. cit.*, p. 155-156, p. 158-159.
5. L. Duguit, *op. cit.*, p. 167-169.

condamnation que postérieurement à ce traité; elle éclairerait, de façon saisissante, le système des actions possessoires et justifierait les voies de droit, admises au profit du curé orthodoxe et des fidèles catholiques pour garantir l'affectation des églises et des meubles les garnissant à l'exercice du culte, sans faire intervenir un prétendu droit subjectif, dont on n'a pu préciser ni la nature, ni le titulaire [1].

D'autre part, et par la façon dont elle caractérise les actes matériels conformes au droit objectif, elle rendrait inutile le correctif, équivoque et incertain, de la théorie de l'abus du droit et supprimerait d'un coup toutes les controverses et subtilités, qu'on a, comme à plaisir, accumulées, sans raison et sans profit, autour de la limitation nécessaire des prétendus droits subjectifs [2].

Et, si l'on considère les actes juridiques, c'est-à-dire les actes de volonté tendant à modifier l'ordonnancement juridique établi, on ne peut davantage découvrir les éléments essentiels du droit subjectif, ni dans le pouvoir de les faire valablement (capacité juridique), attendu que la volonté ne saurait être la cause efficiente de l'effet de droit qui en résulte [3], ni dans la situation juridique consécutive à l'acte, alors même qu'il s'agit d'un acte juridique engendrant une situation également subjective. Cette situation, fût-elle le droit de créance ou de propriété, nous met simplement en présence d'une richesse ou d'une chose affectée au titulaire du droit, la propriété s'offrant même plutôt comme une pure situation de droit objectif. Jamais, en tout cas, nous n'arriverons à reconnaître le prétendu droit subjectif [4].

10. — D'ailleurs, l'analyse théorique, si vigoureusement

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 160-166.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 173-179.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 240-246.
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 252-268.

qu'elle ait été poussée, notamment par les dogmatistes allemands, n'est jamais parvenue à fixer une notion satisfaite du droit subjectif. Vainement B. Windscheid a-t-il multiplié les distinctions et affiné les concepts, pour faire reconnaître dans « la volonté » son élément substantiel et irréductible. Vainement R. von Jhering y a-t-il opposé « l'intérêt », comme seul indice vraiment significatif tiré du contenu même du droit subjectif. Vainement d'autres théoriciens du droit, moins exclusifs, L. Michoud, E.-I. Bekker, G. Jellinek, entre autres, ont-ils cherché à réunir en une synthèse, plus ou moins habilement formulée, les deux éléments en présence, l'intérêt et la volonté. Aucune de ces doctrines n'a pu tenir devant un examen exhaustif du problème[1]. Ou, plutôt, ce qui ressort de leur critique un peu serrée, c'est qu'au fond le droit subjectif se ramènerait toujours à une certaine qualité de la personne humaine, à un pouvoir constituant supériorité d'une volonté sur les autres : concept malaisément acceptable, en tout cas, franchement incompatible avec la priorité nécessaire du droit objectif[2].

En définitive, et quoiqu'on ait tenté pour le réaliser, le passage du droit objectif au droit subjectif apparaît manifestement impossible. Il faut donc s'en tenir à l'idée d'une norme juridique, prohibitive ou impérative, saisie par la conscience des individus, formulée par la coutume ou la loi écrite; d'où résulte, en cas de manifestation d'une volonté contraire, la possibilité de mettre en mouvement une voie de droit : simple capacité ou compétence, qui peut produire un bien, une richesse d'ordre économique, mais ne saurait être qualifiée droit, alors même qu'on envisagerait l'action en justice, destinée à la faire valoir[3].

11. — Telle se présente, en substance, la critique du

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 179-199.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 199-200. — Comp. p. 130.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 200-210.

droit subjectif de L. DUGUIT[1]. Au premier abord, elle nous séduit par sa simplicité et sa rigueur apparentes. Ne faut-il pas, sans hésitation, nous défaire des notions inutiles, à plus forte raison de celles dont l'erreur recèlerait un danger perfide[2]?

Toutefois, certains excès de logique et d'abstraction conceptuelle viennent nous mettre en garde contre des concessions prématurées. — L. DUGUIT considère comme *a priori* inacceptable, parce que nettement illogique, que d'une violation du droit objectif puisse naître un droit subjectif, et il insiste à plaisir sur l'absurdité de pareille conclusion[3]. Mais l'illogisme et l'absurdité prétendus ne sont-ils pas simplement dans les mots ? Pour moi, dussè-je passer pour un esprit biscornu, j'avoue n'apercevoir aucun obstacle à ce que la méconnaissance d'une règle de droit engendre un moyen de la réprimer au profit de celui qui en est victime. Et voilà la réponse très simple à cette objection, que notre auteur déclare irréfutable[4]. — D'autre part, l'éminent doyen de Bordeaux se fait la partie belle, en soutenant que le « droit subjectif », qu'il conteste, ne peut être qu'une qualité substantielle de l'homme rendant la volonté de son titulaire supérieure aux autres volontés[5]. Il est aisé d'abuser de certaines expressions peu mesurées[6], pour prêter aux adversaires une conception métaphysique, qui dépasse absolument leurs visées. Mais, ici encore, une simple dénégation suffit pour échapper à l'objection. Proclamons-le donc nettement. Aucune idée de qualité

1. *Adde :* L DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 530-534.
2. Comp. L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 159-160.
3. L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 151-152. p. 206-207. Comp. p. 166.
4. L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 152 : « Jamais réponse n'a été faite à l'argument ».
5. Voy. notamment : L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 113, p. 114, p. 127-128, p. 130, p. 132, p. 133, p. 135, p. 157-158, p. 195, p. 200, p. 201-202, p. 243, p. 253, p. 259. — Comp. le présent travail, ci-dessus, p. 167, texte et note 2.
6. Voy., par exemple, les passages de GROTIUS et BURLAMAQUI cités par L. DUGUIT, *op. laud.*, p. 117.

métaphysiquement inhérente à la personne ou de supériorité intrinsèque de volonté n'est véritablement indispensable, ni même raisonnablement admissible, pour rendre la notion, extrêmement simple en son essence, du droit subjectif, telle qu'on l'applique, par exemple, au droit de créance ou au droit de propriété.

De quoi s'agit-il en effet? Tout uniment, de nous représenter à l'esprit et d'exprimer en formules ou mots adéquats une situation de fait incontestable, la possibilité, pour tel ou tel individu, de faire jouer, en certaines conditions, la contrainte sociale. Cette possibilité, L. Duguit ne peut la nier comme fait[1]. Il juge inutile, voire dangereux, de la concevoir et de la traduire sous le vocable : droit subjectif. Pourquoi? Ce n'est pas seulement qu'il prétende bannir les vaines curiosités de l'esprit[2]. Mais il se défie d'un procédé, auquel inclinerait trop naturellement celui-ci et qui consisterait à chercher derrière les phénomènes de la vie une entité métaphysique capable de les expliquer, entité absolument chimérique et dont la recherche risque de nous entraîner aux pires erreurs[3]. — Vraiment, nous nous heurtons ici aux appréhensions d'un positivisme étrangement démodé. Pourtant L. Duguit, qui brandit sans ménagements les abstractions logiques les plus hardies[4], ne saurait nous interdire l'usage des concepts, pour saisir en notre pensée les faits de la vie, qu'il nous faut soumettre à une règle élaborée elle-même par l'esprit. Il est vrai, qu'il conteste la spécificité des réalités juridiques envisagées comme créations de l'esprit[5]. Mais, toute réserve faite sur ce point qui pourra se re-

1. Voy. notamment L. Duguit, *op. cit.*, p. 166.

2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 201-202.

3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 155, p. 166, p. 177-178. — Comp. ci-dessus, p. 162, texte et note 3.

4. Voy., par exemple, ce qui a été dit ci-dessus, p. 181, texte et notes 3 et 4.

5. L. Duguit, *op. cit.*, p. 328-335, p. 340-341, p. 345, p. 353, p. 360, p. 361, p. 364, p. 369-370, p. 386-387. Comp. p. 178-179.

trouver plus loin [1], notre savant collègue et ami ne peut éviter, comme tout le monde, de se servir des concepts, pour exprimer les résultats de ses analyses les plus réalistes. Et, une fois le concept formé dans l'esprit, les formules et les mots ne sont pas moins nécessaires pour le traduire.

Ceci admis, il ne s'agit plus que de savoir, si les concepts, par lesquels les civilistes ont cherché à se représenter les moyens, que le droit objectif concède aux particuliers, répondent bien à la réalité des choses et si le vocable « droit subjectif » les traduit de façon suffisante. — Or, le « pouvoir de contrainte » nous donne bien le minimum de la représentation désirable et L. Duguit lui-même ne peut se dispenser de l'indiquer [2]. Mais, il est naturel que l'esprit investigateur cherche un peu loin et que, dans le pouvoir même de contrainte, il reconnaisse l'action nécessaire d'une « volonté ». Et, comme toute volonté suppose un but qui en légitime l'action, sans peine encore la pensée discerne « le bien de la vie » ou « l'intérêt », seul susceptible de servir de contenu au pouvoir en question [3]. Ainsi se justifient aisément les conceptions, les plus pleines, qui aient servi de base à la détermination du droit subjectif [4]. Et, ces conceptions se peuvent amplifier encore, au moyen d'une analyse plus pénétrante, comme celle, à peine ébauchée, qui cherche à spécifier nettement la différence entre le droit, à l'état statique, et l'action, qui lui ajoute le dynamisme efficient [5]. — Une fois épuisés les efforts de conception, il reste à se demander si l'expression « droit subjectif » a été bien choisie pour

---

1. Voy. ci-après, n° 17.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 135, p. 158-159, p. 185. Comp. p. 203, p. 205.
3. Comp. la définition des droits subjectifs, que j'ai proposée dans mon ouvrage : *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, t. I, p. 138 : « biens de la vie humaine garantis par le pouvoir social dans la volonté qui les poursuit et contre toutes volontés contraires ».
4. Comp. L. Duguit, *op. cit.*, p. 179-199.
5. Comp. L. Duguit, *op. cit.*, p. 205-210.

rendre leurs résultats. Là-dessus, on peut hésiter. Car, il n'est assurément pas sans inconvénient, que le même mot « droit » ait reçu deux acceptions différentes, que l'on ne peut discerner, qu'en y ajoutant des qualificatifs assez peu clairs, comme ceux d' « objectif » et de « subjectif », qu'on emploie très couramment aujourd'hui. Mais, si faute il y a, cette faute incombe à l'usage, qui reste le grand maître de la terminologie juridique comme de toutes les autres [1]. Et l'usage est, à cet égard, tellement enraciné, qu'on voit peu l'avantage et, encore moins, le moyen, d'y faire échec, en introduisant ici des expressions, encore moins claires et moins rapides, comme celle de « situation de droit » ou, plus précisément, de « situation juridique subjective », que L. Duguit a proposées, du moins pour certaines applications [2].

12. — Ainsi établie, comme toutes les notions juridiques, la notion de droit subjectif ne serait condamnable, que si elle ne correspondait pas aux réalités de la vie sociale qu'elle doit couvrir. C'est ce que prétend L. Duguit, au vu de quelques solutions, qui présentent, d'ailleurs, un intérêt assez restreint. Examinons-les pourtant.

En premier lieu, il nous oppose les actions civiles ouvertes aux syndicats pour réprimer des délits portant atteinte aux intérêts individuels de leurs membres (art. 2, loi du 5 août 1908), ou les poursuites permises au cas d'injures et de diffamation envers des corps constitués, ou des administrations publiques ne jouissant pas de la personnalité civile; et il prétend trouver là des voies de droit admises en dehors de la possibilité même d'un droit subjectif [3]. — Mais, tout ce qu'on pourrait tirer de ce raisonnement, ce serait seulement que la voie de droit peut être

1. Comp. F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, p. 452-453 (n° **254**); p. 460 (n° **256**); p. 487-488 (n° **260**).
2. Voy. notamment, L. Duguit, *op. cit.*, p. 222.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 160-162.

et se rencontre effectivement quelquefois placée en d'autres mains que celles du titulaire de l'intérêt lésé et que celui-ci n'est pas nécessairement une personne juridiquement caractérisée, du moment qu'il représente un intérêt digne de la protection sociale. Il n'y a, en tout cas, dans ces solutions de procédure, rien qui contredise la notion intrinsèque du droit subjectif.

Encore moins d'importance attacherons-nous aux solutions très particulières de jurisprudence, qui déclarent non opposable le concordat après faillite à la victime d'un délit civil causé par le failli avant le concordat mais n'ayant entraîné condamnation judiciaire que postérieurement à celui-ci[1]. — Quoiqu'on veuille penser au fond de la valeur juridique de ces solutions, il suffit, pour les expliquer, de reconnaître que, pour la Cour de cassation, la condamnation judiciaire constituerait, seule, le principe de la créance, et, logique ou non, conforme ou contraire aux principes généraux du droit, cette décision n'atteint, en rien, la notion même du droit subjectif. Bien plus, elle la confirmerait plutôt, puisqu'elle attacherait la naissance de ce droit au fait de la condamnation.

Après cela, croirons-nous que la négation du droit subjectif permette, seule, d'expliquer le système des actions possessoires[2]? — Ce serait nous illusionner à plaisir. Qu'il y ait un véritable droit (*jus possessionis*) à la base de la protection possessoire, c'est ce que nul civiliste ne contestera plus aujourd'hui. Et la difficulté prétendue de rendre compte de ce droit en partant du *fait* de la possession s'évanouit, quelque théorie qu'on veuille admettre, par cette observation élémentaire, que tous les droits subjectifs sont issus de certains faits, auxquels le droit objectif reconnaît la vertu de mettre en œuvre la contrainte sociale.

---

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 162-163.
2. L. Duguit, *op. cit.*, p. 163-164.

Enfin, nous étonnerons-nous que les jurisprudences administrative et judiciaire ouvrent des voies de droit au curé orthodoxe et aux fidèles, pour garantir l'affectation des églises et des meubles les garnissant à l'exercice du culte catholique, sur la base des lois du 9 décembre 1905 et du 2 janvier 1907, sans qu'on ait pu préciser, de façon incontestable, le droit ainsi consacré, ni même le titulaire de ce droit [1]. — Ce serait supposer gratuitement qu'aucun doute ne doit jamais s'élever sur la nature et l'attribution des droits subjectifs. Ce serait même admettre, contrairement à toute vraisemblance, que, dans l'organisation juridique moderne, tous les droits ont une forme nettement stéréotypée [2]. — Et, alors que l'on concéderait ces deux postulats plus que téméraires, on ne voit pas qu'ils permettent de conclure contre l'existence même du droit subjectif.

Ce n'est pas, davantage, en exposant et accentuant les difficultés, d'ailleurs bien connues, de la thèse de l'abus du droit [3], qu'on peut condamner cette notion de droit subjectif, sans laquelle toute notre dogmatique resterait dépourvue d'un instrument essentiel d'exposition, de développement et de progrès.

Tout ce qu'il faut retenir de la critique de L. Duguit, c'est qu'il s'agit ici, non pas d'une donnée fondamentale de la nature ou de la raison, mais d'un jeu de concepts, suivi d'une définition terminologique, simples moyens techniques de mettre en œuvre les principes supérieurs de justice, susceptibles comme tels de perfectionnements incessants, mais qui méritent d'être conservés, pour les services qu'ils nous rendent, et jusqu'à ce qu'ils soient supplantés par des instruments conceptuels ou terminologiques, mieux adaptés aux réalités, qu'il s'agit de tra-

1. L. Duguit, *op. cit.*, p. 164-166.
2. Comp. F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921 p. 126-130 (n° **207**). — *Adde : ibid.*, n°s **208-213**, p. 131-174.
3. L. Duguit, *op. cit.*, p. 173-177.

duire et dont il faut assurer l'épanouissement dans les cadres du « juste »[1].

III

Configuration du sujet de droit.

13. — La critique de la notion du droit subjectif, telle que l'a présentée L. Duguit, entraînait nécessairement une critique corrélative de la notion du sujet de droit. Ou plutôt, cette dernière notion se trouvait, semble-t-il, ruinée d'avance par la destruction de la première. S'il n'y a pas de droit subjectif, il ne saurait être question du support que lui fournit le sujet de droit[2]. Toutefois, raisonner ainsi serait d'un procédé un peu trop sommaire, pour résoudre un problème, en soi, beaucoup plus complexe.

C'est qu'il y a plusieurs façons d'entendre le « sujet de droit ». Au lieu d'y voir le soutien ou le titulaire d'un prétendu droit subjectif, on peut considérer comme sujet de droit celui ou ceux qui sont soumis au droit objectif, c'est-à-dire à qui s'adressent les impératifs juridiques[3].

De ce point de vue, une simple négation n'est pas possible. L. Duguit, qui fait reposer tout l'édifice juridique sur le droit objectif (la règle de droit), ne peut méconnaître que sa notion implique assujettissement ou contrainte à l'égard de quelqu'un, donc qu'il y ait à spécifier le « sujet du droit objectif »[4], et, en quelque façon, « l'adressataire » de la règle de droit.

Pour lui, ce sujet du droit objectif, c'est uniquement, mais c'est toujours l'homme individuel, doué d'une volonté

---

1. Comp. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 1921 ; sixième chap., nos **214-227**, p. 175-257. — *Adde*, ci-après : no **17**.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 318-319, p. 321, p. 328, p. 345-346, p. 361, p. 386.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 319.
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 319.

consciente[1]. — Par suite, il admet que, même dans les civilisations archaïques ou régressives, l'esclave est sujet de droit objectif[2]. Et je n'hésiterai pas à lui donner raison sur ce point. — En revanche, il dénie cette qualité à l'infans et à l'insensé, êtres inconscients de leurs actes[3]. Peut-être y a-t-il ici quelque exagération. Car, si leur défaut de responsabilité empêche d'imputer à l'enfant en bas-âge ou au fou les actes dépendant directement de la volonté, ils n'en n'ont pas moins à subir, sous cette réserve, l'ensemble des règles de droit. L. Duguit objecte, qu'en dehors des tiers qui doivent respecter leur situation juridique, « au plus la règle du droit s'applique à l'individu humain, qui est chargé de gérer l'intérêt de l'infans ou de l'insensé, à l'individu humain, qui, suivant l'expression consacrée, représente l'infans ou l'insensé »[4]. Mais cette observation, qui se complète de la dénégation de l'idée de représentation remplacée par celle de compétence[5], n'est manifestement qu'un insuffisant échappatoire, puisqu'au fond, — quelque explication qu'on en veuille donner, — c'est bien l'infans ou l'insensé qui supporte la sanction de la règle. — A plus forte raison, L. Duguit refuse-t-il de tenir pour sujets de droit objectif les associations et les fondations. Et, ici encore, il prétend dissiper les apparences contraires, en soutenant que les règles de droit objectif, qui concernent ces collectivités, ne s'adressent qu'à des individus conscients, soit, au plus, à ceux qui sont chargés de leurs intérêts[6]. Ces assertions comporteraient les mêmes réserves, que celles énoncées au sujet de l'enfant en bas-âge ou du fou[7].

---

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 319-320, p. 324-326.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 326-328, p. 332.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 320-322, p. 335-346.
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 322. *Adde*, p. 338-342.
5. Voy. ci-après, p. 192, texte et notes 3 et 4.
6. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 322. *Adde : ibid.*, p. 530
7. Voy. ci-dessus, p. 188, texte et note 1.

Mais, aussi bien, toutes ces spécifications du *sujet de droit objectif* semblent dépourvues d'intérêt pratique; du moins, L. Duguit n'en signale-t-il aucun. Et, après avoir fourni, en vue de la précision des idées, les indications qui viennent d'être résumées, il revient, comme d'instinct, à la notion du *sujet de droit subjectif*, pour en montrer le néant, et, par là, anéantir de plus fort la notion même de droit subjectif [1].

Si la notion de *sujet de droit subjectif* pouvait être admise, elle s'appliquerait incontestablement à l'homme individuel conscient de ses actes [2], fût-il réduit à l'état d'esclave [3]. Au contraire, elle ne saurait se concevoir à l'égard de l'infans ou de l'insensé [4]. Ces assertions semblent être, pour L. Duguit, corrélatives de celles qu'il a formulées sur la notion de sujet de droit objectif [5].

Au contraire, pour ce qui est des associations et fondations, il ne se contente pas de leur avoir refusé la qualité de sujets possibles de droit objectif [6]. Et il fait, en réalité, porter sur elles tout l'effort, qu'il veut développer contre la notion même de sujet de droit [7].

14. — En bref, donc, L. Duguit refuse obstinément aux associations (groupements en général) et aux fondations la qualité de sujets de droit, envisageant surtout le sujet de droit subjectif. Sa discussion, à cet égard, consiste principalement, — après avoir démontré l'insuffisance de la conception individualiste traditionnelle [8], — à faire res-

---

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 318-319.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 324-325.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 327-328.
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I. p. 335-336, p. 337-342.
5. Voy. ci-dessus, p. 188-189, texte et notes.
6. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 322.
7. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 320-324. et surtout §§ **40-43**. — *Adde*, contre la notion de sujet de droit appliquée à l'État : *ibid.*, chap. v, §§ **50** et sq., p. 441 et sq., et encore p. 556.
8. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 347-350.

sortir les difficultés des nombreuses et subtiles théories, proposées sur la nature de ces entités collectives, soit qu'on leur accorde la personnalité morale, tantôt en leur prêtant une volonté réelle, à la fois collective et une (Beseler, Gierke, Mestre, Jellinek)[1], tantôt en assouplisssant la notion de sujet de droit par un raffinement de concept qui s'adapte à leur situation complexe (Bekker, Michoud, Hauriou)[2], soit que l'on considère exclusivement les intérêts couverts par la collectivité, en se servant de celle-ci comme d'un concept capable de les unifier (Jhering, Berthélemy, Planiol, van den Heuvel, de Vareilles-Sommières, Meurer)[3]. Et il montre que ces jeux de concepts, péniblement adaptés aux associations, restent, en réalité, impuissants à justifier les fondations[4].

Cette critique est peu nouvelle, sauf, peut-être, sur un point, qui se rattache aux idées de L. Duguit touchant la cause efficiente de l'effet de droit produit par l'acte juridique[5], idées que j'aurai à apprécier plus loin[6]. — Sous le bénéfice de cette réserve, il me suffira de dire ici que, tant poussée qu'elle soit, l'argumentation de L. Duguit ne peut être décisive, que si elle aboutit à supplanter les concepts, qu'elle prétend inutilement compliqués et inadéquats au but, par une présentation des choses, qui réponde mieux aux réalités des faits et aux exigences de la vie juridique.

15. — Comment donc se configurent, aux yeux de L. Duguit, et sans faire intervenir la notion de sujet de droit, ces collectivités juridiques d'intérêts, que nous désignons comme associations ou comme fondations? Écoutons l'auteur résumer lui-même sa doctrine : « Toutes les fois

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I. p. 351-353.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I. p. 353-360.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p 361-368.
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 373-377. *Adde* p. 382-383.
5. L. Duguit, *op. cit.*, t. I. p. 323, p. 339, p. 342.
6. Voy. ci-après, n° **20**.

que des hommes s'associent pour poursuivre en commun un but licite, les actes faits en vue de ce but doivent être juridiquement protégés par l'ouverture d'une voie de droit. Pour cela on a pas besoin de supposer que l'association est une personne titulaire de droits, un sujet de droit. Il suffit de comprendre que tout acte, qui a un objet conforme au droit et qui est déterminé par un but licite, est socialement protégé, que les effets de droit ne sont point créés par la volonté d'une prétendue personne titulaire de prétendus droits, mais par le droit objectif dont l'application est conditionnée par un acte de volonté conforme au droit par son objet et par son but »[1]. Voilà pour l'association.

Et la fondation nous est présentée sous un aspect également réaliste : « Lorsqu'une volonté, capable d'après le droit objectif, déclare affecter une certaine quantité de richesse à un but licite, il y a là un acte juridiquement valable, qui est la condition de la naissance d'une situation, laquelle sera protégée par des voies de droit : cette richesse recevra sa destination ; son affectation sera reconnue et protégée. On n'a que faire de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas de sujet de droit pour la recevoir. Il y a un acte de volonté ayant un objet conforme au droit déterminé par un but licite : cet acte d'affectation doit normalement et rationnellement être la condition de la formation d'une situation socialement protégée qu'on appelle la fondation, et qui se forme naturellement sans qu'on ait à chercher s'il y a ou non derrière elle un prétendu sujet de droit »[2].

Tout cela est assurément fort simple : je dirai même, d'une simplicité déconcertante pour un jurisconsulte. — Est-ce également suffisant aux besoins de la vie du droit ? J'en doute. Car, dans le système de L. Duguit, on n'aperçoit pas la base d'une véritable organisation juridique des associations ou des fondations. Admettons que cette

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 371-372. *Adde* p. 358-359, p. 369, p. 392.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 378. Comp. p. 392.

base puisse se trouver dans la volonté des associés ou du fondateur, ou de la loi y suppléant au besoin [1]. Mais, comment conçoit-on que ces volontés établissent cette organisation sur un autre type que celui du sujet de droit? Ne faut-il pas unité de vouloir, unité de responsabilité, continuité d'action, permanence de vues, toutes choses qui supposent ce centre d'intérêts que synthétise la personnalité [2]? — Il y a plus. D'après les idées de L. Duguit, tout individu pourrait, à sa guise, poursuivre, comme il l'entendrait, le but de la fondation ou de l'association. Rien n'indique que cette mission soit réservée à certains personnages particulièrement désignés; et il faudrait admettre une sorte d'intervention populaire, à jet continu, pour réaliser les buts collectifs. Cela s'imposerait d'autant plus que L. Duguit rejette la représentation [3]; et, s'il semble parfois exiger une compétence spéciale [4], nulle part, il ne nous dit sur quelle idée rationnelle s'appuierait pareille exigence, qui paraît répugner à sa conception, étrangement élastique, des collectivités reconnues. Sans la notion de sujet de droit, ou une notion équivalente, les associations ou fondations sont vouées au régime de l'anarchie, qui est bien un peu le résultat nécessaire d'un système de droit purement objectif, comme le présente L. Duguit [5].

16. — Serait-il vrai, pourtant, que le système de L. Duguit

---

1. Voy., particulièrement, pour les fondations, L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 383-384.

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, n° **224**, p. 212-228; notamment, p. 222-223, p. 224-225. — L. Duguit, lui-même, admet (*op. cit.*, t. I, p. 297) que l'association soit créancière des associés (notamment pour leur cotisation). Comment accorder cette solution avec son point de vue principal?

3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 323-324, p. 340-342, p. 358, p. 371, p. 375.

4. Comp. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 340-341. *Adde*, § **30**, p. 240-246.

5. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, p. 254-255 (n° **131**).

se montre, seul, capable de satisfaire les intérêts pratiques postulés par la vie même du droit? — C'est ce que notre auteur soutient en deux séries d'arguments.

D'une part, il prétend être seul en état d'expliquer certaines solutions légales, prévoyant et consacrant des libéralités faites à des sujets qui n'existent pas, libéralités où l'on ne peut voir autre chose que des affectations à un but, protégées comme telles : ainsi l'article 1er de la loi du 4 février 1901, qui vise des dons ou legs faits aux services nationaux non pourvus de la personnalité civile; l'article 111, al. 3, de la loi municipale du 5 avril 1884, qui reconnaît la validité d'une libéralité adressée à un hameau ou quartier d'une commune n'étant pas encore à l'état de section douée de la personnalité civile; les dispositions des lois de séparation du 9 décembre 1905 et du 13 avril 1908, qui, à défaut d'association cultuelle, attribuent les biens ecclésiastiques à des établissements de bienfaisance, dont plusieurs n'existaient pas encore à l'époque de cette dévolution. Et il rapproche de ces décisions légales les arrêts de la jurisprudence judiciaire, qui ont consacré la possibilité de fondations privées en dehors d'une personne civile préalablement existante : tel l'arrêt de rejet de la Chambre civile de la Cour de cassation du 12 mai 1902 dans l'affaire de l'hospice de Finestret, ou l'arrêt de Paris du 1er mai 1900, à propos de l'Académie des Goncourt [1]. — Ce faisant, L. Duguit, qui en est resté à la doctrine rigide de son honorable prédécesseur, le doyen G. Baudry-Lacantinerie [2], paraît ignorer que des conceptions, plus souples et mieux adaptées aux faits, ont aisément rendu compte de toutes ces dispositions de loi ou décisions de justice, sans abandonner l'idée du sujet de droit, en admettant simplement que celui-ci peut avoir des champs d'activité distincts et séparés, soit d'après la loi, soit d'après la volonté de

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 378-382.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 373, p. 377.

l'homme[1]. Et il s'attribue trop aisément le mérite d'écarter des difficultés, en bonne partie imaginaires, au moyen de développements, simplement verbaux, qui laissent, sans l'organisation indispensable, des affectations de biens, que leur but ne suffit pas à mettre en œuvre[2].

D'autre part, — et ceci serait assurément plus sérieux, — L. Duguit s'imagine que ce n'est que grâce à ses idées qu'on puisse écarter l'arbitraire de l'Etat et donner leur plein essor aux libertés d'association et de fondation, éminemment désirables à l'heure actuelle[3]. — Ici, l'illusion repose sur une supposition trop répandue, qui n'en est pas moins absolument fausse, et qu'on s'étonne de rencontrer chez un esprit aussi perspicace. Constamment, en effet, il signale, comme étant d'une évidente vérité, que la loi seule, organe normal de l'État, pourrait créer les fictions, consacrer les concepts et constructions qui modèlent les règles pour les adapter aux exigences de la vie[4]. — Rien n'est moins établi et ne paraît plus contraire aux sains principes de la méthode juridique. Et, je crois, pour ma part, avoir amplement démontré, que les divers procédés techniques de la jurisprudence, y compris les présomptions et les fictions, sont à la disposition de tous ceux qui ont à mettre en œuvre le droit, qu'ils sont même fort souvent plus nécessaires au jurisconsulte, chargé d'adapter aux faits des règles trop rigides avec toutes les ressources de l'art, qu'au législateur, à qui son pouvoir propre permet de trancher dans le vif et de modifier directement les règles

1. Comp. notamment, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. III, 1921, nos **3330-3347**; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e éd., t. III, 1921, p. 686-696. — E. Coquet. *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèse de doct. Droit, Poitiers, 1907-1908.

2. J'ai signalé plus haut (p. 192) l'insuffisance des développements présentés par L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 383-384.

3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I. p. 253, p. 349-350, p. 370-371, p. 377-378, p. 383 *in fine*, p 384-385, p. 392.

4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 348-349, p. 364, p. 370-371, p. 377, p. 383-384, p. 392.

inopportunes[1]. Ce n'est donc pas, parce qu'on écarterait le concept du sujet de droit, qu'on faciliterait le jeu des groupements ou des affectations de biens à un but. Et, si l'on ne doit pas éluder absolument, en la matière, l'intervention de l'État, ainsi que le reconnaît L. Duguit[2], la raison en réside simplement dans certains dangers des organisations collectives mises en face des intérêts privés, dangers auxquels il ne peut être obvié que par l'arbitrage souverain de l'autorité publique.

17. — En réalité, quand il rejette si énergiquement la notion de sujet de droit, L. Duguit ignore ou méconnaît une des nécessités les plus certaines de la technique juridique[3], celle qui domine la structure même de la règle de droit. Il semble croire, en effet, que les réalités sociales, donnant lieu à règlement juridique, se traduisent, d'elles-mêmes, et, pour ainsi dire, naturellement, en idées et formules expressives de préceptes, sans l'intervention, quelque peu artificielle, de procédés intellectuels, bons seulement, pense-t-il, à les déformer[4]. Et il critique violemment ce qu'il appelle « le conceptualisme de Saleilles », consistant, suivant lui, à n'admettre de réalités juridiques que moyennant une création de l'esprit, par l'intermédiaire d'un concept, qui altère et transforme, de parti pris, en vue d'un but de droit, la réalité naturelle[5].

Ici, se pose un grave problème, trop longtemps laissé dans

---

1. F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, p. 314-330 (n° **235**), p. 365-366 (n° **240**), p. 422-423 (n° **248**), p. 423-424 (n° **249**), p. 432-436 (n°s **250-251**).

2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 384. Comp. p. 353.

3. Sur la conception trop étroite de la technique juridique chez L. Duguit, comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris 1915, p. 239-240 (n° **128**) et t. III, Paris, juin 1921, p. 19, note 2 (n° **182**).

4. V. notamment : L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 329, p. 333.

5. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 329-335, p. 340, p. 341, p. 342, p. 345, p. 346, p. 353, p. 354, p. 360, p. 361, p. 364, p. 367, p. 369, p. 370, p. 376, p. 386-390.

l'ombre, ou naïvement supposé résolu par les jurisconsultes, celui des rapports entre les réalités brutes de la vie sociale et les préceptes de droit, qui tendent à les diriger[1]. Et, si je n'ai pas à défendre là-dessus le système de R. Saleilles, qui peut-être a manqué de précision, de netteté ou d'achèvement, et, pour ce motif, reste exposé à la contradiction et aux doutes[2], je puis, du moins, à l'encontre des négations tranchantes de L. Duguit, relever certains résultats, difficilement contestables dans leur modestie, des recherches, que je poursuis, depuis bientôt vingt-cinq ans, sur le rôle des abstractions, concepts et constructions de l'esprit, dans la formation des règles juridiques[3].

Les réalités sociales, proprement dites, auxquelles s'appliqueront l'impératif et la contrainte juridiques, ne consistent originairement qu'en faits de la nature ou actes de volonté, se produisant dans un milieu humain. Elles peuvent parfois suggérer une règle de conduite : en soi, elles ne la contiennent jamais ni ne la créent. Pour qu'il y ait règle, — alors même que l'on constaterait, par

---

1. Il semble qu'il y ait maintenant une tendance à s'arrêter davantage à ce problème. Voy., par exemple : R. Bonnard, *La conception juridique de l'État* (extrait de la *Revue du droit public* : janv.-févr.-mars 1922), *passim*, notamment Introduction. Voy. spécialement, p. 9, note 1, *in fine*, et p. 17, note 1 du tirage à part. — G. Renard, *Abstraction et réalités dans l'élaboration du droit public* (*La Nouvelle journée*, 1922). — J. Rueff, *Des sciences physiques aux sciences morales*, Paris, 1922. — J. Maynad, *Les fictions de contrats dans le Code civil et depuis le Code civil*, thèse de doct. Droit, Montpellier, *1924*.

2. Comp. Fr. Geny, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode d'après R. Saleilles*, dans *L'œuvre juridique de R. Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, p. 32-35 (n° **9**); p. 55-60 (n° **15**). — *Science et technique, en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921. p. 181-185 (n^os^ **215-216**).

3. Voy. notamment : Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1re éd., Paris, 1899, 2e éd., Paris, 1919, n^os^ **20-25**, **60-82**, **158**. — *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, n^os^ **35-36**, t. III, juin 1921, n^os^ **214-227**. — Comp. : *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, *passim*.

ailleurs, l'existence d'une contrainte collective[1], — l'intervention de l'esprit est indispensable, qui informe les réalités au moyen de concepts et y ajoute l'injonction caractéristique. — Or, parfois, le concept régulateur se présente, de lui-même, à l'esprit, comme une traduction directe de la réalité. Et l'on peut parler de concept naturel. Mais, il s'en faut qu'il en soit toujours ainsi. Le plus souvent, le concept, adéquat à la réalité et au règlement qu'elle comporte, ne se forme ou s'affine que par un effort propre de l'intellect, qui lui assigne un caractère largement artificiel et en fait un instrument technique de l'organisation juridique. C'est le concept, proprement juridique, par lequel l'esprit élabore le droit. Et, comme l'esprit est plein de ressources, il se représente, de façons diverses, la règle juridique à établir. Volontiers, plusieurs concepts s'offrent à lui, entre lesquels il choisira le mieux apte à satisfaire les exigences du juste objectif ou les postulats de l'utilité sociale.

Ainsi est né le concept de sujet de droit. Il a paru nécessaire, pour représenter l'unité et la continuité indispensables au ferme maintien des rapports juridiques, de faire reposer l'avantage qui en résulte (droit subjectif) sur un support nettement déterminé (sujet de droit)[2]. Il n'y a pas là autre chose qu'un concept et il est possible qu'il soit, quelque jour, remplacé par une autre représentation de l'esprit, plus adéquate aux besoins de la vie juridique. En attendant, il rend des services sérieux, notamment parce qu'il assigne aux associations et fondations une limite et un centre d'action, qui leur manqueraient tout à fait d'après les négations de L. Duguit[3].

---

1. Sur l'insuffisance de cette constatation, pour caractériser le droit objectif, voy. ce qui a été dit ci-dessus, § I, particulièrement (n^os^ **5-7**), p. 166-175.

2. Voy. pour plus de développements : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, juin 1921, n° **224**, p. 212-228.

3. La notion de sujet, appliquée au droit subjectif, paraît avoir une

Celui-ci a eu le mérite de nous démontrer, par ses développements, la souplesse et la malléabilité de la technique juridique[1]. Il n'a pu en écarter la nécessité, tant qu'il n'y suppléait pas au moyen de procédés plus avisés et mieux appropriés au but[2].

IV

Théorie de l'acte juridique et de ses principales variétés.

18. — Ce sera peut-être un sujet d'étonnement, voire de scandale, pour certains juristes, de trouver, dans un *Traité de droit constitutionnel*, une théorie, à peu près complète, de l'acte juridique[3]. — N'y a-t-il pas là plutôt un signe évident de l'ampleur des vues de L. Duguit et une raison décisive d'admirer la fécondité d'un système capable d'unifier ces parties générales du droit, qu'une spécialisation mal comprise tendait à cantonner dans le domaine trop restreint du droit privé?

Ce qui est surtout remarquable, c'est que cette théorie de l'acte juridique, telle que la présente L. Duguit, est beaucoup plus profondément fouillée et pénètre bien plus avant dans l'analyse psychologique et morale des réalités, que toutes celles qu'on rencontrait jusqu'à présent chez les civilistes.

---

origine grammaticale. Voy. É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, v° *Sujet*, n° 7 : En logique et en grammaire, « terme essentiel de toute proposition citée dont on affirme ou nie quelque chose », L. Duguit n'a pu lui-même éviter l'emploi de ce mot. Voy., par exemple, *op. cit.*, t. I, p. 260 : « qui s'applique dans les limites déterminées par l'acte intellectuel du sujet ».

1. Aussi n'est-il pas étonnant que L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 386-391, trouve dans la doctrine récente tant de précédents à ses idées.

2. Comp. ci-dessus, p. 182, texte et note 5 (n° **11**) et p. 187, texte et note 1 (n° **12**).

3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, chap. III, p. 211-317. *Adde*, pour l'application de cette théorie aux actes des gouvernants : p. 515-518.

Il y a bien, à vrai dire, quelque danger en ces raffinements de représentation et de pensée, qui, sous prétexte de disséquer jusqu'au bout le jeu subtil et complexe des facultés humaines, aboutissent souvent à dénaturer un processus, en quelque mesure, indécomposable. Mais, sauf à se prémunir contre ces excès, au moyen d'une réaction synthétique, qui sache nous ramener constamment à la vue objective des choses, il ne saurait être inutile, quand on veut, pour en déterminer les règles fondamentales, découvrir la nature intime de l'acte juridique, de commencer par une analyse, aussi serrée que possible, de tous les éléments qui le constituent.

19. — De ce point de vue, — et en laissant à part les développements relatifs à la capacité juridique[1] et aux conséquences de l'acte juridique[2], qui nous ramèneraient à la critique de la notion de droit subjectif[3], — le travail de L. Duguit est véritablement très nouveau et très précieux.

Partant de l'idée que l'acte juridique n'est pas autre chose qu'un acte de volonté, qui tend à modifier l'ordonnancement juridique[4], il a, d'abord, analysé l'acte de volonté, en distinguant, dans sa formation : la conception, ou représentation par l'idée, de l'acte qu'il s'agit d'accomplir ou de ne pas accomplir ; — la délibération, où interviennent l'objet du vouloir soit immédiat (mouvement corporel) soit médiat (modification dans le monde extérieur) et le but déterminant, élément purement psychologique, intrinsèque à la conscience du sujet, absolument capital pour qualifier l'acte, moralement ou socialement, lequel consiste exactement dans la pensée ou croyance, de la part de l'agent, qu'en agissant comme il le fait, il se produira un état permettant, facilitant la

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 240-246 (§ **30**).
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, § **32**, p. 252-268.
3. V. ci-dessus, p. 176-187 (nos **9-12**).
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, § **26**, p. 219-224.

réalisation d'un autre vouloir chez lui ou chez un autre, et dont il faut distinguer les mobiles impulsifs, faits internes ou externes, qui suscitent à l'esprit de l'agent la représentation du but, mais restent indifférents pour qualifier l'acte; — la décision ou choix consistant dans le *fiat* de la volonté; — enfin, l'exécution, qui ne peut jamais être qu'un mouvement corporel du sujet (objet immédiat), l'objet médiat du vouloir se réalisant par l'application d'une loi extérieure au sujet, loi naturelle, d'ordre physique, psychologique, économique, moral, juridique, dont l'agent peut avoir une connaissance plus ou moins explicite, qu'il ne veut pas, à proprement parler[1].

L'analyse générale, ainsi faite, s'adapte sans peine à l'acte juridique, sauf à reconnaître une différence d'importance des divers moments de sa formation, suivant la variété des actes considérés[2]. En tous se retrouvent ou se peuvent retrouver, plus ou moins intenses, plus ou moins accentuées, la conception, la délibération, la décision, l'exécution[3].

Or, de là se dégagent des résultats intéressants, qui confirment, s'ils ne les établissent pas, à proprement parler, certaines solutions de principe, encore contestées ou mises en doute par quelques civilistes attardés. — C'est, notamment, la prépondérance des éléments externes de la déclaration de volonté sur la substance interne de cette volonté même, dans la formation de l'acte juridique[4]. Assurément, on n'a pas attendu l'analyse de L. Duguit, pour reconnaître que la manifestation extérieure est indispensable à l'effet de faire valoir la volonté et d'en circonscrire la portée. Et, c'est à tort que notre éminent collègue

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, § **25**, p. 211-219.
2. Voy. notamment : L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 225-227, p. 248. Comp. ci-après, p. 205, texte et note 2 (n° **21**).
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, §§ **27-29**, p. 224-240.
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 232-239.

déclare cette manière de voir incompatible avec ce qu'il appelle la doctrine individualiste[1], si, du moins, l'on entend simplement par là la doctrine, suivant laquelle le règlement juridique est commandé par la nature de l'homme[2], attendu que cette nature elle-même, prise en sa complexité, postule une volonté extériorisée pour en tirer des effets extérieurs (*propositum in mente retentum non operatur*). Aussi bien, L. Duguit lui-même est-il obligé de considérer l'intention du sujet, pour s'assurer qu'elle correspond à sa manifestation externe[3]. Et, peut-être même, va-t-il un peu trop loin dans cette voie, quand il écarte la déclaration faite, dans le cas d'une intention contraire résultant de réserves secrètes (restriction mentale)[4]. Malgré tout, l'on ne peut nier que ses distinctions, avisées et fines, permettent désormais d'asseoir plus solidement les déductions de la théorie de la *volonté déclarée* à l'encontre de la théorie de la *volonté en soi*. — Plus décidément et plus nettement encore, l'analyse de l'acte juridique, présentée par L. Duguit, en discernant exactement l'objet immédiat du vouloir, son objet médiat, son but déterminant, ses mobiles ou motifs impulsifs, permettra-t-elle d'appuyer, sur une base ferme et rationnelle, la notion de cause de l'acte juridique, avec toute la portée que lui donne la jurisprudence, notamment pour annuler, sans pitié, les actes à tendance illicite ou immorale[5]. Ici encore, si la nouvelle théorie n'était pas indispensable pour introduire les solutions, dès longtemps consacrées en pratique[6], elle pourra lever certains doutes théo-

---

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 236-237.
2. Comp. ci-dessus, p. 175-176 (n° 8).
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 237.
4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 239.
5. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, § **81**, p. 246-252. *Adde* p. 284-292 (§ **84**). — Voy. aussi H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.
6. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 251, exagère à plaisir, et, en réalité, dénature les conséquences de l' « autonomie de la volonté », en pré-

riques et favoriser une unification de doctrines fort désirable. — Peut-être aussi, en pourrait-on tirer des déductions précieuses, dans la détermination des conditions de validité de l'acte juridique, notamment en ce qui touche le consentement, et dans la précision des nullités, qui en forme la sanction nécessaire [1].

20. — Mais, derrière tous ces développements d'une analyse impeccable, se dresse, en réalité, une thèse beaucoup plus osée, qui semble bien exprimer les visées capitales de L. Duguit et s'accorde, d'ailleurs, aux idées fondamentales de tout son système. Il tient, en effet, pour essentiel, que la volonté n'est pas la cause efficiente de l'effet de droit issu de l'acte juridique. Cet effet a purement sa cause dans le droit objectif et l'acte volontaire, qui paraît le produire, n'est, en réalité, que la condition, à laquelle il est subordonné par la règle de droit elle-même. — On aperçoit aisément comment l'analyse de L. Duguit aboutit à cette conclusion. Dans la formation de l'acte juridique, la volonté ne peut avoir comme objet immédiat qu'un mouvement corporel du sujet : tradition, déclaration orale ou écrite, solennité quelconque. Quant à la création juridique, qui en est l'objet médiat, elle implique bien une opération, plus ou moins accusée, de l'intelligence, se représentant l'effet attaché à ce mouvement corporel par le droit objectif, mais elle reste étrangère à la volonté du sujet, qui ne peut rien changer à la règle de droit venant seulement se poser comme condition de sa réalisation dans tel cas donné [2].

---

tendant qu'elle exclut les solutions jurisprudentielles basées sur la cause.

1. A cet égard, L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 252, nous renvoyait au t. II de son *Traité*, non paru à l'époque où était écrite la présente étude. — Voy. maintenant : *Traité*, t. II, 1923, § **27-31**, p. 279-396, et t. III, 1923, p. 713-735 (§ **100**).

2. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 214, p. 218, p. 222, p. 224, p. 224-227,

Aux yeux de L. DUGUIT, cette thèse est absolument capitale. Il est vrai qu'il n'en signale, comme intérêt pratique nettement saisissable, qu'une solution relative à l'application d'une loi nouvelle à la situation objective née à la suite d'un acte-juridique fait avant sa promulgation[1]. Et cette solution, d'ailleurs un peu vague dans la formule qu'il lui donne, se justifie aisément par les principes généralement admis pour caractériser les situations établies au regard d'un changement législatif[2]. — Mais, au fond, son insistance à détacher l'effet de droit de la volonté, dont il semble sortir, pour le faire dépendre exclusivement du droit objectif, n'est qu'une manifestation de plus de son opposition à l'idée traditionnelle d'un droit fondé sur la nature de l'homme avec, comme conséquence normale, la valeur juridique reconnue aux décisions de la volonté autonome, quand elles se meuvent dans les limites circonscrites par l'ordre supérieur de la société. De fait, L. DUGUIT nous présente la doctrine de la volonté, qu'il combat, comme une branche de la doctrine individualiste dès longtemps rejetée par lui[3]; et sa lutte contre l'autonomie de la volonté aboutit, une fois encore, à la condamnation de la notion de droit subjectif, ou de celle de sujet de droit, qu'il tient pour des conséquences de la même erreur fondamentale[4]. On s'explique ainsi, comment il déclare l'exclusion des fondations impliquée, elle aussi, dans l'importance excessive et injustifiée, qu'on attribue couramment à la volonté dans la création juridique[5].

Plus grave est la thèse ainsi posée par L. DUGUIT, plus sérieusement devons-nous nous demander, si elle est une

---

p. 228-230, p. 233-235, p. 238, p. 244, p. 245-246, p. 254, p. 259, p. 260, p. 267, p. 269. p. 279, p. 515, p. 534-535, p. 536, p. 537, p. 561-562.

1. L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 227, p. 246.

2. Voy. par exemple : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., Paris, t. I, 1920, p. 47-53.

3. L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 233, p. 236-237, p. 243-244, p. 269-271.

4. L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 232, p. 240-246, p. 251, p. 252-268.

5. L. DUGUIT, *op. cit.*, t. I, p. 253. Comp. p. 257-258.

conséquence nécessaire de l'analyse psychologique de l'acte juridique. — Or, c'est ici qu'apparaît, à mes yeux, l'abus d'une décomposition intellectuelle, qui, dans l'excès de ses raffinements, aboutit manifestement au sophisme. Quand L. Duguit vient nous dire, que l'objet médiat de l'acte juridique n'est déterminé que par le droit objectif, que, si l'intelligence du sujet le saisit par voie de représentation, il reste en dehors du pouvoir de sa volonté, alors pourtant que celle-ci en produit l'objet immédiat, sous la condition nécessaire d'une intention éclairée, n'aboutit-il pas à dissocier deux activités véritablement et réellement inséparables? Car, du moment que la volonté réalise l'objet immédiat de l'acte, dans la conscience (indispensable) des suites qu'y attache le droit objectif, ne faut-il pas reconnaître que, par là même, elle accepte ces suites et qu'il est impossible d'arrêter son action aux limites du mouvement corporel extérieur, dont la seule raison d'être réside en ce qui est vu au delà de lui? Et, au fond, que pourrait signifier « l'intention », formellement requise par L. Duguit [1], si ce n'était, comme l'indique l'expression même, une volonté *dirigée vers* l'objet prévu par le droit objectif? Séparer, à ce point, la volonté de l'intelligence, c'est trahir la nature des choses, sous prétexte de la mieux traduire, c'est fausser la réalité au lieu de la constater [2].

Que le droit objectif consacre, suivant un but général d'ordre et de discipline sociale, les effets normaux des actes juridiques, on le peut admettre. Mais, du moment que la force sociale de ces actes réside dans la volonté qui les produit, d'après les prescriptions même de la règle de droit, il faut dire que cette volonté, en se manifestant,

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 216, p. 218, p. 220, p. 223-224, p. 228, p. 236, p. 237, p. 238, p. 245, p. 248.

2. Ne peut-on pas ici opposer L. Duguit à lui-même : « Il est inutile de redire » écrit-il, *op. cit.*, t. I, p. 227, « que, malgré ces distinctions, le sujet est un, et que, dans la réalité, l'activité de la personne consciente reste indivisible ». Voy., aussi, p. 226 *in fine*, p. 234.

accepte librement les effets ainsi établis, et peut, par conséquent, leur en substituer d'autres, sous réserve du respect dû à l'ordre social dominant les intérêts particuliers.

Il ne semble donc pas, que le principe de l'autonomie de la volonté, sagement circonscrit suivant les exigences de l'ordre juridique actuel, doive céder devant les analyses, par ailleurs si précieuses, de L. Duguit.

21. — En même temps qu'il dissèque, minutieusement et de façon assez nouvelle, la formation de l'acte juridique, L. Duguit s'applique à en discerner plusieurs catégories, susceptibles de comporter, à côté des règles communes à toutes, d'autres règles spéciales à chacune.

D'une part, en se plaçant au point de vue de l'objet (médiat) de ces actes de volonté, et tirant parti d'observations suggérées par les rapports du droit public, il distingue les actes-règles, qui tendent à modifier la règle de droit préexistante, comme sont les statuts d'une association ou d'une société, les actes-conditions, par lesquels une règle de droit objectif s'appliquera désormais à un individu à qui elle ne s'appliquait pas, ainsi le mariage, la naturalisation, et les actes subjectifs, à la suite desquels apparaît, à la charge d'un sujet, une obligation spéciale, concrète, momentanée, qui n'existerait point par l'application d'une règle quelconque du droit objectif, tels la plupart des contrats du droit privé [1].

Cette distinction, dont il est difficile de contester le bien fondé, est surtout utile pour pousser, plus à fond, l'analyse de l'acte juridique, parce qu'elle fait mieux apparaître l'importance respective des divers moments de sa formation, suivant la nature de l'objet visé par lui [2]. Elle permet aussi de décrire et de préciser une distinction plus importante, la

---

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 220-224.

2. Voy., notamment : L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 224-226, p. 244, p. 248, p. 254-257. — *Adde :* ci-dessus, p. 200, texte et note 2 (n° 19).

seule vraiment susceptible de développements intéressants, et qui mérite de retenir l'attention.

22. — En effet, quand on revient au point de vue de la formation de l'acte juridique, on est amené à se demander s'il peut être le résultat d'une seule volonté (acte unilatéral) ou s'il exige la participation de deux ou plusieurs volontés (acte plurilatéral). — A cette question, L. Duguit répond, non sans raison, que les solutions du droit objectif varieront avec l'évolution sociale[1]. En tout cas, il écarte positivement l'idée, que l'effet de droit nouveau ne pourrait résulter que d'un concours de volontés. Et, là-dessus encore, nous serons aisément de son avis, sans abandonner pour cela le principe de l'autonomie de la volonté, qui, bien qu'il en dise, s'accommode au mieux de cette efficacité créatrice reconnue au simple vouloir[2].

Mais, d'autre part, considérant que la plupart des actes juridiques, effectivement consacrés par le droit objectif, proviennent d'une jonction ou d'un concours de volontés, il cherche à préciser leur nature, et constate que, tant dans le domaine du droit privé que dans celui du droit public, ces actes ne répondent pas tous à la notion propre du contrat. Et, poussant plus à fond l'analyse, s'appuyant sur certains mouvements de pensée pour les dépasser, il reconnaît trois classes distinctes de ces actes, à volontés multiples et concourantes, qu'il désigne sous les noms de : contrat ; — union ; — acte collectif[3].

Pour L. Duguit, le contrat, qui a son type dans la stipulation romaine, type conservé par les législations et les doctrines juridiques modernes, n'est pas autre chose que « l'accord intervenant entre deux personnes et ayant pour objet de faire naître une obligation à la charge de l'une

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 268-269, p. 535-537.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 269-272.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 272-275. *Adde* p. 275-279.

au profit de l'autre, qui devient créancière »[1]. Cette notion implique, outre la création d'une obligation (?) comme objet, deux actes de volonté bien distincts, émanant chacun d'un contractant et ayant un objet et un but différents, avec un lien particulier entre ces objets et buts qui se font en quelque façon contrepoids. D'ailleurs, chacun de ces actes de volonté est double, en ce sens que chaque cocontractant veut : 1° faire un certain contrat; 2° y jouer un certain rôle. Et cette analyse nécessaire, combinée avec l'exigence d'un but licite pour la première phase de l'acte (comme pour la seconde), permet de justifier une fois de plus la jurisprudence, qui annule tout contrat, onéreux et gratuit, auquel l'une des parties a été déterminée par un but illicite[2].

« Tout contrat est une convention, mais il y a beaucoup de conventions qui ne sont pas des contrats. Ce sont ces conventions, que certains auteurs allemands appellent des *Vereinbarungen*, et que je propose d'appeler des unions. Deux ou plusieurs personnes entrent en relation et s'accordent sur un point déterminé : mais à la suite de cet accord, on ne voit point apparaître une situation juridique subjective, un rapport particulier individuel et momentané de créancier et de débiteur; on aperçoit, au contraire, la naissance d'une règle permanente ou bien d'une situation juridique objective, d'un état (*status*). On ne peut pas dire qu'il y ait contrat. L'extérieur de l'acte est contractuel, le fond ne l'est pas. Le contrat est, par définition même, un acte subjectif à la suite duquel prend naissance une situation subjective. Ici, nous avons soit un acte-règle, soit un acte-condition et parfois un acte qui a ce double caractère. D'autre part, on a vu que, dans le contrat, parce que les parties y jouent un rôle différent et se trouvent dans des situations opposées, il faut distinguer chez chacun d'eux l'acte de volonté ayant

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 284. *Adde* p. 280-283.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 284-292. — Rappr. H. Capitant, *De la cause dans les obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

pour objet de faire le contrat et l'acte de volonté ayant pour objet le rôle que chacun entend y jouer. Dans la convention dont nous parlons, au contraire, précisément parce qu'elle est la condition de la naissance d'une règle ou d'une situation légale, la distinction ne doit pas être faite entre la volonté de faire la convention et la volonté d'y jouer un certain rôle. Les deux participants veulent la même chose. Leur vouloir peut avoir un but différent, mais il a toujours le même objet : même objet immédiat, déclarer accepter la convention; même objet médiat, la naissance de la règle et de la situation légale et objective, de l'état, que la convention conditionne »[1]. — C'est en ces termes, que L. Duguit nous présente l'acte juridique, qu'il appelle « union ». Puis, il en signale des exemples, qu'il rencontre, soit dans le droit privé : le mariage, la convention collective de travail, soit dans le droit public interne : la concession de service public, la nomination de fonctionnaire, soit dans le droit international : le traité-loi[2]; en observant, d'ailleurs, qu'un même acte peut comprendre, à la fois, des éléments contractuels et des éléments d'union. Et il relève, dans le droit contemporain, une évolution marquée de certains actes, autrefois contractuels, vers le caractère d'union[3].

De l'union, qui nous présente encore une interdépendance étroite entre les actes de volonté unilatéraux réalisant accord, il faut, suivant L. Duguit, distinguer soigneusement « l'acte collectif ». Celui-ci nous offre simplement pluralité d'actes de volonté unilatéraux sans aucune interdépendance entre les vouloirs, à défaut d'un accord véritable. Le type de l'acte collectif se rencontre dans la société par actions ou l'association, où nous voyons, — à la suite d'une phase préparatoire impliquant des ententes et souvent des contrats entre les initiateurs, — la constitution de statuts, proposés par appel au public, puis acceptés par les volontés

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 302-303.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 304-316.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 317.

concordantes des associés, dont ils forment la loi permanente, sans qu'on puisse reconnaître entre eux des obligations proprement dites, qui peuvent les soumettre à un véritable droit pénal, le droit disciplinaire, qui même s'appliquent aux tiers dans leurs rapports avec l'association, et dont la violation expose à nullité les actes contrevenant à leurs dispositions[1]. — Toutes ces conséquences excèdent manifestement la portée du contrat, et, bien qu'elles ne doivent pas s'expliquer par une fusion des volontés, qui irait au delà de la constatation des faits[2], elles nous font voir un véritable droit objectif de groupement, issu d'un concours de volontés unilatérales poursuivant en commun un but licite.

23. — Ces distinctions sont assurément intéressantes et nous permettent de pénétrer plus profondément, par les variétés mêmes de sa structure, la nature de l'acte juridique.

Toutefois, une double observation s'impose ici à notre esprit.

D'une part, il ne semble pas que la division tripartite, proposée par L. Duguit, suffise à épuiser les discriminations nécessaires. Et, il faut bien convenir que, sous le nom assez peu clair et insuffisamment expressif d' « union », se trouvent rangés des actes véritablement fort disparates. Car enfin, quel rapport y a-t-il entre le mariage et la nomination de fonctionnaire, voire encore la concession de service public ou même la convention collective de travail, à plus forte raison le traité international. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que ces divers actes se différencient du contrat, strictement entendu au sens de L. Duguit, sans, pour cela, se rapprocher entre eux par des traits fort saisissants. Par suite, on ne voit pas bien pourquoi L. Duguit

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 293-300.
2. L. Duguit. *op. cit.*, t. I, p. 300-302.

tient tant à séparer, de l'« union », l'« acte collectif »[1], dont les caractères spécifiques ne sont pas mieux marqués. — Au fond, le résultat d'une analyse, vraiment objective, poussée du point de vue comparatif, aboutirait plutôt à distinguer du contrat une infinité d'actes juridiques, ayant chacun son idiosyncrasie; et même, parmi les contrats proprement dits, arriverait-on à une discrimination également multipliée. Ainsi, risquerait-on de dissoudre la notion, péniblement construite en une longue évolution, du contrat, type fondamental de l'acte juridique, et de se voir en présence d'une poussière d'actes de volonté, échappant à toute synthèse et postulant, chacun, sa réglementation propre et distincte. Ce serait, en tout cas, une régression certaine de la technique juridique[2]. Est-elle désirable? Est-elle même possible dans l'état actuel de notre droit positif? Ici, intervient une nouvelle observation.

C'est que, d'autre part, tout le système moderne des actes juridiques repose sur la théorie du contrat, la seule à peu près organisée par nos lois. Ce contrat n'est plus la stipulation romaine; car les Romains n'ont pas eu de théorie générale du contrat, mais seulement des théories spéciales. C'est même une conception trop étroite de cantonner le contrat à la création des obligations[3]. Ou plutôt, si l'on se croit lié en ce sens par la définition de l'article 1101 du Code Napoléon, il faut dire que celui-ci réglemente, en réalité, la convention, c'est-à-dire tout accord de volontés tendant à un résultat de droit (livre III, titre III, chap. II; art. 1134-1135; art. 1156-1165). Sous cette notion large se placeront, en réalité, tous les actes juridiques plurilatéraux, sauf à reconnaître entre eux des variétés nombreuses, comportant l'application de règles spéciales. Du moins, avons-nous ainsi

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 275. *Adde* p. 276-277.
2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, juin 1921, n^os **209-211**, p. 135-152.
3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 284.

une théorie générale de la convention juridique, qui domine les théories particulières, et qui s'impose, d'abord, à tout acte de volontés plurilatéral [1].

Quel avantage y aurait-il à faire échapper certains actes à cette théorie générale? — L. Duguit nous dira, par exemple, qu'on annulerait, pour excès de pouvoirs, certaines décisions contraires aux statuts d'une association [2], ou refusant l'application de clauses réglementaires d'une concession de service public [3], ou que l'Administration aurait pouvoir de modifier ces dernières clauses en présence de circonstances absolument imprévisibles [4]. Mais rien n'empêche d'admettre les mêmes solutions d'après une notion de la convention juridique suffisamment assouplie et combinée avec les constructions modernes du droit public [5]. — Et, s'il nous signale la nécessité de reconnaître opposables, à d'autres que les parties à la convention, certains statuts d'association [6], comme certaines clauses d'une convention collective de travail [7], il nous est aisé de répondre que, dès longtemps, les civilistes français ont donné à l'article 1165 du Code Napoléon, combiné avec son article 1121, une interprétation qui s'accorde sans peine à ces solutions [8]. — Enfin, n'est-il pas besoin de dénier au mariage le caractère d'un contrat pour repousser le divorce pour consentement mutuel [9].

---

1. Il est, notamment, tout à fait désirable de ne pas limiter au seul contrat, tel que l'entend strictement L. Duguit, la théorie du but (L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 284-293), qui s'adapte, si heureusement, à toutes les conventions juridiques.

2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 300.

3. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 314.

4. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 315.

5. Cons. G. Renard, *Notions très sommaires de droit public français*, Paris, 1920. Voy., notamment, p. 25, note 2; p. 89, note 3.

6. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 298.

7. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 312.

8. Voy. notamment : A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 2e éd., Paris, 1920, p. 318-332.

9 L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 304-305. — D'ailleurs, s'il lui refuse

Ces prétendus intérêts de la distinction — les seuls nettement signalés par L. Duguit — une fois écartés, il faut bien reconnaître, qu'en dépit des objections théoriques, notre droit positif français moderne reste, pour une grande part, basé sur la notion de convention juridique, et il ne suffit pas de critiquer la désignation de contrat appliquée par la loi du 1er juillet 1901 à l'association [1], ou d'en dénier l'adaptation aux conventions collectives de travail de la loi du 28 mars 1919 [2], pour empêcher que ces lois aient mis en œuvre les principes généraux du Code civil sur les conventions juridiques. — Ferions-nous fi de ces conceptions rétrogrades (?), en soutenant qu'elles sont contredites aujourd'hui par les aspirations de la conscience commune, qui, d'une façon peut-être obscure mais certaine, pénétrerait plus à fond les réalités juridiques de l'heure présente? Ce serait véritablement bien osé! Et pareille position, qui attribuerait à la conscience commune, assurément fort étrangère à toutes ces subtilités, les divinations, encore bien troubles et peu cohérentes, de certains penseurs, suffirait à montrer l'impossibilité pratique du système du droit objectif de L. Duguit [3]. Si, donc, nous reculons devant cet excès, force nous est, pour le moment du moins, de nous en tenir au système général de la convention juridique, tel que le consacre notre législation positive, en y introduisant tous les assouplissements, toutes les modifications, que comporte sa nature, heureusement fort malléable.

24. — En définitive, le grand profit, que l'œuvre imposante de L. Duguit semble devoir apporter aux civilistes, reste d'ordre essentiellement critique. En revisant nos

---

le caractère de contrat, il voit, du moins, dans le mariage, une convention. — Disons plutôt que le mariage est une *institution* juridique, dont le contrat forme un élément essentiel.

1. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 293-294.
2. L. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 305. *Adde* p. 305-312.
3. Comp. ci-dessus, nos **4-7**, p. 164-175.

conceptions familières, en accentuant les analyses de notions juridiques, en proposant des points de vue nouveaux, avec une audace parfois déconcertante, il nous invite à réfléchir et nous ouvre des horizons jusqu'alors inaperçus et souvent pleins de promesses. Sur certains points, il modifiera nos idées et généralement les élargira et les rendra plus souples; sur d'autres, sa contradiction fortifiera notre position traditionnellement établie, parce qu'elle permettra d'en assurer les points faibles : sur tous, elle nous enseignera la puissance de la probité intellectuelle et l'ascendant d'une attitude nettement scientifique, dans la difficile élaboration des problèmes les plus généraux du droit.

II

LA NÉCESSITÉ DU DROIT NATUREL

(Nouvel examen critique du « positivisme juridique »).

1. — Le problème de l'existence du droit naturel demeure, aujourd'hui comme toujours, le centre de gravité du système juridique positif. Et, qu'on se l'avoue ou non, on le sent sous-jacent à tous les efforts, que l'on poursuit, en vue de réaliser, de façon effective, une meilleure et plus pleine justice entre les hommes : — Sur quelles bases s'établira l'État, qui consacre, en sa toute puissance, les formules positives de l'ordre social, et d'où surgiront les pouvoirs qui le constituent, d'un simple fait ou d'un ensemble de principes ? — Ceux qui édictent la loi positive, les législateurs, sont-ils libres de créer cette loi à leur guise, suivant leurs pensées, leurs intérêts, leurs passions, ou bien la doivent-ils conformer à un type supérieur dominant toutes les impressions subjectives? — Ceux qui mettent en œuvre le droit positif, comme

administrateurs, ceux qui l'interprètent ou l'appliquent en qualité de juges, s'en tiendront-ils à la forme, au texte de la loi; ne devront-ils pas regarder au-delà, pénétrer jusqu'au fonds, intime et substantiel, d'où elle sort? — Et ceux, qui subissent le droit, qui en doivent observer les préceptes, à peine d'en encourir les sanctions, sont-ils obligés toujours de courber la tête, sans plus, devant ses injonctions? Ne peuvent-ils apprécier, discuter, critiquer les règles établies, j'entends non pas seulement comme électeurs mais comme sujets; et, ne sont-ils pas fondés parfois à tourner, à modifier, à transformer le droit existant, voire, dans les cas extrêmes, à se rebeller contre lui; ce qui implique qu'ils fassent appel à des aspirations défiant, par leur nature, les flottements des formules particulières? — Et, dans le domaine international encore, où trouvera-t-on les règles nécessaires pour ordonner les rapports entre États, si l'on n'a foi à la réalité de préceptes, placés en dehors et au-dessus des dispositions positives, qui sont, ici, toujours réduites et précaires?

Toutes ces questions — et bien d'autres qui en dépendent ou qui s'y ajoutent — comporteront des solutions tout opposées, déprimantes ou exaltantes, suivant qu'il faudra s'incliner passivement devant les caprices des maîtres du jour, ou qu'il sera permis d'élever les regards vers ces régions sublimes, qui ouvrent à tous les perspectives de la justice immanente.

Quelles que doivent être les qualités de cette justice, quel que doive être son contenu, — points assurément fort délicats et qui demeurent ici réservés[1] — il faut, d'abord, savoir si réellement elle existe. Et, c'est ce problème primordial de *l'existence même du droit naturel*, qu'il importe, avant tout, le prenant en quelque sorte dans son minimum (être ou ne pas être), de bien saisir et de bien poser.

1. Voy. ce que j'ai dit là-dessus dans la Préface du présent t. IV, de *Science et technique*, p. IX-XIII.

Le droit, c'est-à-dire un ensemble de règles, tendant à diriger extérieurement la conduite des hommes, sous une sanction sociale, au besoin coercitive, existe assurément *à l'état positif*, dans un pays donné, à une époque donnée. On le voit, résultant surtout des lois, des coutumes, de la pratique judiciaire ou extrajudiciaire, se créer, fonctionner, se développer, parfois s'atrophier et disparaître. Aucun doute ne peut être sérieusement émis touchant son existence, qui est réelle, objective, manifestée par des effets certains, finalement reconnue de tous. Mais, derrière cette réalité tangible et pour la soutenir, y a-t-il une entité plus profonde et de quelle nature?

Que le droit puisse exister en dehors de la positivité proprement dite, *à l'état d'idéal*, je veux dire dans l'esprit des hommes, qui se représenteront les règles juridiques, suivant un élan plus ou moins généreux de leur âme, et les concevront au gré de leur imagination créatrice, c'est ce que personne ne contestera sérieusement. De fait, les plus fougueux adversaires du droit naturel ne manquent pas de faire large place au « droit idéal »[1]. Mais il faut bien remarquer, que ce droit idéal — dont l'existence objective dépend de la solution qu'on donne au problème métaphysique de la réalité des idées — ne peut, sous la forme où il se présente ici, avoir aucune efficacité sérieuse, par cela même qu'il est livré, dans sa contexture, à la fantaisie de ceux qui le conçoivent et peuvent se le représenter de façons extrêmement diverses[2]. Alors même

1. Voy. notamment, parmi les auteurs critiqués ci-après (nos **7-11**) : G. May, *Introduction à la science du droit*, Paris, 1920, p. 107-109. Comp. p. 10, note 1. — G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1921, t. XXXVIII, p. 440-441; passage reproduit dans *Cours de droit public*, 1921, p. 33-34. — G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique* (Extrait des Annales de la Faculté de droit d'Aix, Nouvelle série, n° 1), Marseille, 1918, p. 35-37 (nos **28-29**) ; p. 39-47 (nos **30-35**). — Comp. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, 1920, p. 239 (n° **81**).

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, p. 52-54 (n° **17**).

qu'un consensus, plus ou moins ferme, se dessinerait en faveur de tel idéal juridique, du moment qu'il ne résiderait que dans l'idée, ce droit demeurerait impuissant à dominer la positivité, bâtie sur l'expression matérielle du pouvoir. — Il est vrai que, par une extension conforme aux usages de la langue, l'expression « droit idéal » excède volontiers sa signification exacte et originaire, pour désigner une tendance des règles juridiques vers la plus haute perfection que l'esprit puisse concevoir [1]. Prenons garde, alors, que cet élément même de perfection ne rejoigne le sens profond inhérent au droit naturel. Et si, pour éviter cette défaillance, on ajoute qu'il s'agit d'une conception essentiellement étrangère à la réalité, convenons, du moins, qu'en cet état d'équivoque, la notion de « droit idéal » ne saurait émousser l'acuité même de l'énigme.

Il s'agit donc bien, — quand on pose le problème de l'existence du droit naturel, — de savoir si — mise à part cette conception franchement inutilisable du droit idéal — il n'y a pas un prototype du droit positif, se distinguant de celui-ci par le défaut de positivité effective, étranger par suite à toute expression formelle, doué néanmoins d'une existence objective. — Quelle en pourrait être la nature? On a proposé d'y voir une de ces « réalités intelligibles du monde extérieur », une de ces « idées-forces messagères de Dieu », qui constituent les idées au sens platonicien [2]: — Mais, sans recourir à ces explications métaphysiques, contre lesquelles se cabrent, sans discussion possible, tant d'esprits modernes, il semble qu'il nous suffise de le ramener à la notion, peu contestable et accessible à tous, de « loi naturelle », au sens le plus

---

1. On verra nettement distingués ces deux sens successifs de l'adjectif « idéal » dans É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, v° *Idéal*, n°s 1 et 2, avec citation (Syn. Idéal, Chimère, Utopie) d'un passage de Bersot, qui éclaire le second sens concentré dans le substantif : *idéal*.

2. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923, p. 46.

large du mot. Sans doute, ce ne serait pas de ces lois fatales, telles que les lois mathématiques, physiques, biologiques, voire psychologiques, économiques, sociales, qui enchaînent invinciblement les phénomènes, de façon à en imposer brutalement les résultats. S'agissant de normes de conduite à établir, la loi naturelle ne peut ici que proposer des directions à la volonté sous le contrôle de la raison. Il n'en est pas moins vrai qu'elle s'aperçoit, résultant d'un ordre mystérieux que nous constatons, en ce sens, qu'à défaut des règles contenues en elle, l'humanité manquerait de direction ferme et irait à la dérive.

En dépit de quelques oppositions, plus tapageuses que solidement fondées [1], on admet, à peu près unanimement, l'existence de semblables règles, dans le domaine purement moral. Mais, si l'on fait intervenir la sanction extérieure provenant de la contrainte sociale, ce qui nous place exactement sous l'angle juridique [2], la question apparaît plus délicate. Elle se ramène exactement à savoir, s'il existe une « loi naturelle », dictant impérieusement à l'homme des règles, qui dussent, pour avoir toute leur portée utile, être susceptibles d'une coercition effective [3]. Et, ce qui fait la difficulté du problème ainsi présenté, c'est que nous apercevons une sorte d'antinomie entre la sanction extérieure, qui suppose une organisation positive, et le caractère, en quelque manière irréel, de la « loi naturelle », qu il s'agirait de reconnaître.

---

1. Voy., par exemple : L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907.

2. Sans nier l'analogie de nature entre les règles morales et les règles juridiques, je maintiens que la différence des sanctions s'appliquant aux unes et aux autres établit, en fait, une séparation tranchée entre les justifications respectives qu'elles comportent. — Comp. des vues différentes, dans G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, p. 90-91 ; p. 95-96 ; p. 186-187 ; p. 326-327. *Adde :* p. 98-119.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, p. 51 (n° **16**). *Adde :* tout le n° **16**, p. 47-52.

2. — La conception spécifique du droit naturel étant ainsi précisée, comment justifier son existence, en tenant compte des exigences, ombrageuses et tourmentées, de l'esprit moderne?

Une tentative fort intéressante a été faite en ce sens par M. Hauriou. Se plaçant au point de vue sociologique, — et constatant d'ailleurs son accord avec les conclusions de la théologie catholique traditionnelle, — il a prétendu, sur les données propres de l'histoire naturelle et de l'anthropologie, ramener la notion de droit naturel à celle d'une « loi de l'espèce », entendant par là que l'espèce « *homo sapiens* », qui caractérise le seul type d'être vraiment humain, se serait fixée, dans un état d'adaptation, d'ailleurs imparfaite, à une loi morale, fournie par le milieu, et qui, en elle-même, constituerait un idéal immuable et universel[1]. — Sans méconnaître la valeur intrinsèque de cet essai, — qui repose du moins sur des données susceptibles de discussion, — il est permis de douter qu'il suffise à entraîner, vers une doctrine ferme du droit naturel, tant de convictions encore défaillantes. D'une part, en effet, il repose sur des théories anthropologiques, qui sont loin d'échapper aux difficultés et aux contradictions. D'autre part, si ses conclusions, à les supposer établies, témoignent en faveur d'une morale, aux contours d'ailleurs assez vagues, elles ne fournissent qu'une suggestion indirecte à l'appui du droit naturel proprement dit, lequel implique, on l'a vu plus haut, des règles susceptibles d'une sanction sociale allant, s'il le faut, jusqu'à la coercition. En réalité, M. Hauriou n'en arriverait là, par la logique interne de son exposé, qu'en invoquant la nécessité hypothétique d'un remède, *d'ordre extérieur et contraignant*, à l'imperfection de l'adaptation, qu'il reconnaît chez l'espèce

1. M. Hauriou, *Le droit naturel et l'Allemagne*, dans *Le Correspondant*, numéro du 25 septembre 1918, p. 913-939. — *Adde :* le même, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 43-44, p. 47-49.

humaine [1]. Les développements directs, présentés par lui, ne suffisent pas à établir l'existence objective de pareil remède [2].

Des objections analogues, plus sérieuses et plus fortes même, ne nous permettent pas de tenir le problème pour résolu par les conclusions de la « biologie humaine », telles que les a dégagées et mises en saillie le professeur Grasset [3]. — Car, si l'on peut accepter que cette science constate, à titre de fait, l'existence des idées de bien, de devoir et de droit, issues des « neurones psychiques » de l'homme, elle ne saurait, tant qu'elle reste en ses bornes de science positive et expérimentale, nous autoriser à transformer ces idées en lois, douées du caractère obligatoire qui spécifie la norme juridique [4], et elle laisse manifestement à un impératif plus mystérieux la vertu de diriger la conduite humaine vers des fins, que l'observation reste impuissante à déterminer [5].

En réalité, si l'on veut se convaincre intimement de l'existence du droit naturel, il faut se fier, à la fois, à la

---

1. M. Hauriou, dans *Le Correspondant*, 25 septembre 1918, p. 913, p. 923, surtout p. 929. — Comp. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris. Recueil Sirey, 1923, p. 52.

2. Voy. encore : M. Hauriou, *ibid.*, p. 926.

3. Voy. notamment : Dr Grasset, *La biologie humaine*, Paris, Flammarion, 1917. — *La science, le droit et la force*, dans *Le Correspondant*, n° du 25 octobre 1914, t. CCLVII, p. 198-216. — *Une loi de biologie humaine. L'idée fait la force*, dans *Le Correspondant*, n° du 25 août 1917, t. CCLXVIII, p. 660-682. — *Devoirs et périls biologiques*, Paris, F. Alcan, 1917.

4. Comp. L. Le Fur, *Guerre juste et juste paix*, Paris, A. Pedone, 1917, p. 44, texte et note 2 et p. 45.

5. C'est bien ce que reconnaît le Dr Grasset lui-même. Voy. notamment : *La biologie humaine*, 1917, p. 321-325. — *Devoirs et périls biologiques*. 1917, p. 28-33. — Et dans *Le Correspondant*, 25 octobre 1914, t. CCLVII, p. 201 : « La science de l'homme, bien définie et bien comprise, tout en restant une science, c'est-à-dire positive et expérimentale, peut être *le point de départ* d'une morale et d'une sociologie tout autres » ; — p. 206 : « Car une science donne, *ce qui est*, non *ce qui doit être* » ; — p. 207 : « ... la science, sous forme de biologie humaine, *incapable de créer la morale, ne peut pas l'ignorer...* ».

croyance et à la raison : la première, qui nous illumine de la foi à la justice [1], la seconde, qui en analyse le sens profond, et nous la montre sous les distinctions bien connues de la justice commutative, de la justice distributive, de la justice sociale, dont chacune aboutit, sous sa forme spécifique, à rendre à chacun le sien, sans jamais léser autrui [2]. — Mais encore, devrons-nous reconnaître, que beaucoup n'accepteront pas une croyance, qui implique adhésion volontaire de l'esprit à des objets défiant la démonstration apodictique et que l'intuition rationnelle du « juste » ne paraîtra pas à tous suffisante, pour établir invinciblement l'existence de son objet.

Peut-être arrivera-t-on plus aisément à obtenir un *consensus* suffisant en faveur de l'existence du droit naturel, si, se plaçant à un point de vue plus simplement pragmatique, on se borne à mettre en relief la nécessité de cette notion, telle qu'elle a été précisée plus haut, pour assurer l'organisation juridique indispensable à la Société des hommes. — Quelques observations assez élémentaires, et d'une évidence peu contestable, conduiraient, sans grande peine, à ce résultat : L'essence du droit, c'est l'ordre assuré par la contrainte [3]. Nul assurément ne contestera que la Société ne puisse se maintenir et se développer sans ordre. Et il ne suffit pas d'un ordre appuyé sur des sanctions purement morales ou religieuses. La Société civile, poursuivant sa destinée dans un milieu terrestre et humain, a besoin de trouver à sa disposition les moyens efficaces pour assurer l'ordre conformément aux exi-

1. Cons. J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910, *passim*, notamment p. 217 (Conclusion).

2. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Paris, octobre 1915, n^s **171-172**, p. 389-399. — *Adde : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2e éd., Paris, 1919, t. II, p. 98-100 (n° **161**).

3. Sur l'importance capitale de l'ordre dans la notion du droit, comp. G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, 1924, p. 87-123 et *passim*, dans la suite.

gences de ce milieu. D'autre part, la notion même de l'ordre doit préexister aux moyens de le réaliser. Il serait absurde d'attendre un ordre sortant spontanément de la vie sociale. Celle-ci, qui se poursuit par les efforts des hommes, a besoin, pour les guider, d'une direction, placée en dehors et au-dessus de leurs intelligences et volontés faillibles. L'idée de « loi naturelle », ici loi de la *nature morale* de l'homme, s'impose dans l'ordre juridique et moral [1], comme elle s'impose dans l'ordre physique; plus nettement même, à vrai dire, puisqu'il s'agit d'éclairer des intelligences sujettes à erreur et de mouvoir des volontés que leur liberté peut griser et entraîner. — Aussi bien, sans le type préexistant du droit naturel, comment pourraient s'élaborer les lois positives en fonction de leur but inéluctable? comment arriverait-on à les appliquer suffisamment, à en tirer les solutions adéquates aux faits, malgré leurs défaillances inévitables? quelle garantie pourraient avoir les sujets, que leurs intérêts essentiels sont sauvegardés, et qu'au delà de certaines limites, ils sont fondés à se défendre? comment concevoir la formation régulière de l'État régissant la nation organisée? et, en dehors du cadre de l'État, quel moyen de faire vivre des populations encore informes ou déjà décomposées, quelle règle assigner aussi aux rapports respectifs des divers peuples dans l'ordre international? Autant de côtés de la vie sociale de l'humanité, par où s'avère la *nécessité* d'une direction supérieure aux contingences, qu'il faut absolument canaliser et encadrer en vue d'un but d'ordre absolument postulé par la raison générale.

3. — C'est bien le sentiment de cette nécessité inéluctable, qui a fait admettre et maintenir, dans toute la tradition des poètes, des philosophes, des théologiens

---

1. Comp. L. Le Fur, *Guerre juste et juste paix*, Paris, A. Pedone, 1920, p. 102.

et des juristes, la notion irréductible du droit naturel.

De Sophocle à Cicéron, de celui-ci aux Pères de l'Église, puis aux théologiens et canonistes du Moyen âge, le flambeau se transmet fidèlement, sous le reflet d'une lueur religieuse. Laïcisée à partir de la fin du XVIe siècle, l'idée du droit naturel apparaît légèrement transformée, mais plus vivante que jamais, dans toute la philosophie du XVIIIe siècle [1]. De celle-ci, elle pénètre, avec quelque simplification de concept, et sous les auspices des rédacteurs de nos Codes, dans la science juridique moderne. Et, nous en retrouvons les échos, plus ou moins accentués suivant les tempéraments, mais tous également fidèles à sa pensée fondamentale, chez la plupart des maîtres qui ont formé les générations présentes de juristes : Ch. Beudant [2], L. Michoud [3], A. Pillet [4], M. Hauriou [5], E. Villey [6], J. Charmont [7], M. Planiol [8], H. Berthélemy [9], A. Colin et H. Capitant [10], entre autres.

---

1. Pour cette histoire du droit naturel, cons. surtout : V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*. Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung. 2 A. Freiburg-i-B , 1909. Dritter Abschnitt Viertes Kapitel. Erster Artikel, p. 180-220.

2. Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'État*. Paris, 1891, *passim*, notamment, nos **18-24**, p. 28-39. — Introduction du cours de droit civil français, 1896, nos **9-14**, p. 12-20.

3. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. II. Paris, 1909, n° **198**, p. 58-59.

4. A. Pillet, *Le droit de la guerre*, Paris, A. Rousseau, 1892, t. I, p. 8-12, p 16. — *Principes de droit international privé*, Paris et Grenoble, 1903, p. 1-2, texte et note 1 (n° **1**).

5. Voy., en dernier lieu : M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 42 et sq.

6. Edm. Villey (Le droit dans l'économie sociale), dans *Revue d'économie politique*, 1913, t. XXVII, p. 290-291.

7. J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier et Paris, 1910.

8. M Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t I, nos **5-7**, 9e éd., 1922, p. 2-3.

9. H. Berthélemy (Le fondement de l'autorité politique), dans *Revue du droit public*, 1915, t. XXXII, p. 664-667.

10. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 4e éd., 1923, p. 3-6.

Plus récemment encore, sous la poussée des événements de guerre, qui ont éclairé d'une lueur terrible l'abîme, où risquait de nous précipiter l'outrage brutalement infligé au principe même de la justice, de nouvelles voix se sont élevées en faveur de la même idée [1], qui venait d'être remise en honneur chez nous par le simple rappel de la doctrine restée classique au milieu des incertitudes et des équivoques [2].

Pourtant, il y a des résistances et qui tiennent. A vrai dire, elles ont existé de tout temps, à l'état d'exceptions et presque de singularités, comme celles que nous présentent les sophistes chez les Grecs, à la Renaissance, les politiques comme MACHIAVEL, les sceptiques comme MONTAIGNE ou RABELAIS, voire PASCAL, plus près de nous, les utilitaires, tel BENTHAM. Mais, après la grande vogue de l'École historique et sous l'influence des tendances, positives et agnostiques, accréditées par l' « esprit scientiste », le mouvement de réaction contre le droit naturel s'était fort développé dans la seconde moitié du XIXe siècle, en Angleterre, en Allemagne, même en France. Et, il s'en était dégagée une mentalité, très largement répandue, se

---

1. Voy. notamment : G. RIPERT, *L'idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, mai-juin 1915, p. 169-183, spécialement p. 171, p. 172-173, p. 176-179, p. 183. — J. FLACH, *Le droit de la force et la force du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1915. — L. JOSSERAND, *La force et le droit* (conférence faite à l'Université de Lyon), Trévoux, 1917, 34 p., surtout p. 27-30. — M. HAURIOU, *Le droit naturel et l'Allemagne*, dans *Le Correspondant*, 25 septembre 1918, p. 913 939. — L. POLIER, *Pour la défense de notre idéalisme juridique*. L'idée germanique et l'idée latine du droit, dans *Revue des nations latines*, 1918, 2e année, t. II, p. 31-59. — L. LE FUR, *Guerre juste et juste paix*, avec préface de M. BARRÈS, Paris, A. Pedone, 1920. — Et, tout récemment : G. RENARD, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924. — *Adde :* J. BARTHÉLEMY (La responsabilité des professeurs allemands de droit public), dans *Bulletin de la société de législation comparée*, 1915-1916, t. XLV, p. 126-127.

2. J. BONNECASE, *La notion de droit en France au XIXe siècle*, Paris, de Boccard, 1919.

caractérisant par la négation ou l'omission intentionnelle de tout élément étranger aux réalités matériellement saisissables, pour aboutir, sous des modalités d'application variables, à un système exclusif de positivisme du droit [1].

Encore, convient-il de constater, que ces tendances se trouvaient contrariées, en certains esprits, par un sentiment profond des exigences intimes de l'ordre juridique, qui les ramenait, en dépit de leurs théories, à postuler, sous une forme dissidente, néanmoins fort nette, le substratum indispensable de toute justice efficace C'est ainsi, qu'en partant du simple fait de la solidarité sociale et des réactions communes qu'il suscite dans la masse des consciences individuelles, L. Duguit reconnaît et proclame l'existence d'un « droit supérieur », pour lequel il est bien près, dans ses dernières études, d'accepter la qualification de droit naturel [2]

Toutefois, il n'est pas contestable que l'essence du positivisme juridique imprègne encore, à l'heure qu'il est, la mentalité d'un grand nombre de jurisconsultes français. La plupart n'en font pas l'aveu formel et se bornent à « dédaigner » les discussions et arguments qui engageraient inévitablement la question. Attitude plus habile que loyale et qui, bien qu'on ait paru la prôner comme une suprême marque de confiance en la cause [3], me paraît plutôt abriter l'ignorance ou la légèreté d'esprit derrière une pure et simple lâcheté intellectuelle.

Par fortune, il est encore quelques adversaires plus

---

1. Voy., sur et contre le « positivisme juridique » : Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, octobre 1915, n° **75**, p. 31-39.

2. Cons. notamment : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. 2e éd., t. III, Paris, 1923, p. 555-556 (§ **88**), p. 659 660, p. 664, p. 668, p 677, p. 679 (§ **98**), p. 750 (§ **101**). — Voy., dans notre sens, à son sujet : G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, *passim*.

3. G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique* (Extrait des Annales de la Faculté de droit d'Aix), Marseille, 1918, p. 18 *in fine* (n° **15**).

francs, qui ont conscience de la gravité du problème et qui consentent à s'expliquer à son sujet. Pour en avoir le cœur net, il convient de les interroger, avec le sincère désir de les comprendre et de rechercher, au travers de leurs exposés et développements, si et comment ils échappent effectivement à la nécessité du droit naturel, tout en fournissant réponse suffisante aux exigences inéluctables de l'ordre juridique positif. Là seulement peut résider le nœud décisif de la discussion[1].

Entre les auteurs, qui, tout récemment encore, ont énergiquement combattu le principe du droit naturel, j'en choisis quatre, qui me paraissent plus éminemment représentatifs de l'état d'esprit, que je veux ausculter et critiquer. Et, je les classe dans l'ordre, de valeur croissante, qui me semble pouvoir être attribué à leurs tentatives, inégalement poussées d'après leurs buts mêmes :

A. — G. May, qui, dans un ouvrage de sa nature élémentaire, n'a proposé que les rudiments du système;

B. — G. Jèze, dont les belles études de droit public laissent entrevoir des lignes plus fermes;

C. — R. Carré de Malberg, dans l'œuvre duquel notre problème a trouvé une construction fortement systématique;

D. — G. Ripert, auquel un écrit de circonstance a donné l'occasion de renouveler, de creuser et d'affiner jusqu'à l'extrême, la thèse du positivisme juridique.

4. — A. — Dans son *Introduction à la science du droit* (qui, pour la plus grande part, reproduit des leçons faites en 1919 aux étudiants américains)[2], G. May nous offre

1. Cette étude est un complément des pages que j'ai antérieurement consacrées au positivisme juridique (Fr. Geny, *Science et technique*, t. III, octobre 1915, n° **75**, p. 31-39 : complément rendu nécessaire par les nouveaux appuis survenus à la thèse critiquée. — Voy. encore : Fr. Geny, *Idealizm czy pozytywizm prawniczy*, dans *Themis Polska*, 1923, p. 1-18.

2. G. May, *Introduction à la science du droit*, Paris, Giard et Brière, 1920.

moins une théorie, proprement dite, de la formation du droit, qu'un simple exposé descriptif de ses origines, telles qu'il se les représente. Cet exposé, complété par quelques emprunts aux *Éléments de droit romain* du même auteur[1], laisse entrevoir une contradiction assez nette des idées, longtemps traditionnelles, et révèle un état d'esprit, relativement nouveau, mais fort répandu depuis près d'un demi-siècle chez les juristes français contemporains. On peut y voir comme le type, de la négation, la plus rudimentaire, du droit naturel, que j'ai voulu considérer, d'abord.

En effet, aux yeux de G. May, « il n'y a pas de droit naturel, en tant qu'il y aurait un ordre juridique parfait, antérieur et supérieur à la législation positive et dont celle-ci devrait tenter de se rapprocher »[2]. Le droit est exclusivement créé par l'homme; c'est un « produit de sa raison, qui, comme elle, est imparfait, comme elle faillible, mais comme elle perfectible »[3]. Aussi, est-il principalement national[4]. Plus précisément « l'idée d'une règle imposée à l'homme lui a été suggérée, tout d'abord, très probablement, par le sentiment de l'utilité »[5], l'individu comprenant qu'il avait intérêt à se plier à une règle, parce que, l'occasion survenant, il pouvait l'imposer à d'autres[6]. « Mais cette idée utilitaire, encore fortement teintée d'égoïsme, en supposait une autre plus élevée dans l'échelle des sentiments humains. C'est l'idée d'égalité, qu'on appelle aussi très souvent l'idée de justice. »[7], laquelle, en réalité, est fondée sur « le respect de la personnalité humaine »[8]. C'est grâce à ces deux idées com-

1. G. May, *Éléments de droit romain*, Paris, Recueil Sirey, 1re éd., 1889, t. I, nos 1-2, p. 1-7; et, dans les éditions successives, nos 1-2.
2. G. May, *Introduction à la science du droit*, p. 107. — *Éléments de droit romain*, 13e éd., 1920, p. 6 (no 2, *in fine*).
3. G. May, *Introduction*, p. 108.
4. G. May, *Introduction*, p. 5 et p. 95-96.
5. G. May, *Introduction*, p. 10. *Adde :* p. 32.
6. G. May, *Introduction*, p. 10.
7. G. May, *Introduction*, p. 10.
8. G. May, *Introduction*, p. 11.

binées, d'utilité et d'égalité, que se sont maintenues, fortifiées et développées les associations humaines organisées »[1]. — Non pas qu'on doive accepter l'hypothèse d'un contrat social effectif, que tout le monde aujourd'hui paraît d'accord pour écarter comme une fiction, contraire à la vérité historique et d'ailleurs invraisemblable[2]. « Il est beaucoup plus conforme à la nature humaine de supposer, que, dans certains groupements, des individus, plus clairvoyants et aussi plus énergiques, ont compris l'utilité de l'organisation pacifique, c'est-à-dire de la soumission à des règles égales pour tous et les ont imposées, même aux récalcitrants, comme étant avantageuses. L'introduction et l'observation de ces règles a marqué la fin des violences privées, la substitution de l'état de paix à l'état de guerre »[3]. Puis, « une fois que des hommes réunis en groupe eurent fait l'expérience de cette vie pacifique, ils continuèrent à vivre sous l'empire des règles ainsi établies, tout en les modifiant, si cela leur paraissait nécessaire »[4]. « On dira, pour être exact, qu'ils ont vécu, qu'ils continuent à vivre associés par un contrat tacite qui les soumet tous à la règle commune »[5]. — Ailleurs, l'auteur nous signale l'imitation[6], l'expérience[7], l'opinion publique[8], comme des éléments externes contribuant à l'extension et à l'affinement de l'idée de droit. — Finalement, le droit reste bien une création de la raison; et, en tout cas, il faut repousser énergiquement la théorie allemande : « à

1. G. May, *Introduction*, p. 11. — Et, sur tout cela : *Éléments de droit romain*, 13e éd., 1920, p. 2-3 (n° 1).
2. G. May, *Introduction*, p. 12.
3. G. May, *Introduction*, p. 12-13. *Adde* : p. 7-8. — *Éléments de droit romain*, 13e éd., Paris, 1920, p. 1-2 (n° 1).
4. G. May. *Introduction*, p. 13.
5. G. May, *Introduction*, p. 13. — *Adde :* p. 21.
6. G. May, *Introduction*, p. 16, p. 86-87, p. 103-104.
7. G. May, *Introduction*, p. 103, p. 106. — *Éléments de droit romain*, 1920, p. 6 (n° 2).
8. G. May, *Introduction*, p. 106, p. 108.

savoir que la Force est la source du droit, que la Force est le droit lui-même »[1].

Aussi bien, s'il rejette la conception du droit naturel, G. May affirme et maintient la notion d'un « droit idéal », représentant l'œuvre de l'esprit, qui conçoit un droit plus parfait et s'efforce incessamment de le faire triompher, de le faire accepter par d'autres hommes. Cet idéal juridique, indéfiniment variable, résultant des aspirations constantes de l'homme vers la perfection, et qui tend à pousser toujours plus avant la conciliation des libertés individuelles avec les exigences de la vie en société [2], n'a manifestement, à ses yeux, aucune existence objective. Il ne peut exercer qu'une influence tendancieuse sur le droit positif, le seul vrai [3]. De cette façon, seulement, on peut concilier, chez notre auteur, cette affirmation énergique du « droit idéal » avec la négation, non moins rigoureuse, du « droit naturel » [4].

5. — Que penser d'un pareil système, et peut-il, sans contradiction interne, suffire aux besoins les plus certains de l'organisation juridique? — Manifestement, d'abord, la négation fondamentale de G. May repose sur une confusion, du moins, sur un malentendu. « Parler d'un droit naturel », dit-il [5], « c'est suggérer l'idée d'un droit imposé à l'homme comme une conséquence de sa nature, comme une nécessité inéluctable, comparable aux lois physiques qui régissent la matière. Or, il est certain que les règles proclamées par le droit n'ont rien à voir avec les lois du monde de la matière, avec le jeu des forces naturelles, leurs combinaisons et leurs rapports ». — Mais pourquoi vouloir, *a priori*, assimiler les lois de l'ordre

1. G. May, *Introduction*, p. 13-14.
2. G. May, *Introduction*, p. 107-111.
3. G. May, *Introduction*, p. 108.
4. Voy. encore : G. May, *Éléments de droit romain*, 13e éd.. 1920, p. 6-7 (n° 2, *in fine*).
5. G. May, *Introduction*, p. 107.

moral à celles de l'ordre physique, et n'admettre qu'une conception unique de la « loi naturelle », spécifiant un enchaînement fatal et irrésistible de phénomènes[1]? De ce que le droit, comme la morale, ne soit pas compris dans un déterminisme rigoureux, il ne résulte pas, qu'il n'y ait un « ordre moral et juridique », auquel les hommes se doivent soumettre, s'ils veulent remplir pleinement leurs destinées. Cela suffit pour justifier, en notre matière, la notion indispensable de « loi naturelle »[2]. Et, ce n'est pas aù moyen d'une négation purement désinvolte, qu'on puisse éluder une nécessité, que, d'ailleurs, on reconnaît constamment dans la suite des développements.

Car, que signifieraient les notions successivement présentées d'ordre[3], d'utilité[4], de liberté et d'égalité[5], de sécurité[6], que vaudrait l'affirmation de la personnalité humaine[7], des droits individuels[8], des droits de l'ordre international[9], quelle valeur offriraient la conciliation des droits de l'individu avec ceux de la société[10], la condamnation de l'esclavage[11], l'exaltation de la Société des nations[12], si nous ne pouvions voir, en tout cela, que des entités dépourvues de toute base objective? Et, plus précisément encore, je demanderai sur quoi se fonde exactement G. May, pour considérer que l'idée d'égalité est plus relevée que l'idée d'utilité[13], ou qu'il y ait un « droit

1. Comp., d'ailleurs, sur les lois économiques : G. May, *Introduction*, p. 105.
2. Voy. ci-dessus, p. 216-217 (n° 1) de la présente étude.
3. G. May, *Introduction*, p. 8, p. 31.
4. G. May, *Introduction*, p. 10-11.
5. G. May, *Introduction*, p. 8, p. 10-11, p. 20.
6. G. May, *Introduction*, p. 17.
7. G. May, *Introduction*, p. 38. *Adde* : p. 32.
8. G. May, *Introduction*, p. 62-63.
9. G. May, *Introduction*, p. 68-69.
10. G. May, *Introduction*, p. 40, p. 110-114.
11. G. May, *Introduction*, p. 112-113.
12. G. May, *Introduction*, p. 113-114.
13. G. May, *Introduction*, p. 11. — *Éléments de droit romain*, 1920, p. 2-3 (n° 1).

meilleur »[1], répondant aux aspirations constantes de l'humanité. — Sans doute, on allègue le « droit idéal », qui doit être discerné par la raison. Mais, c'est ici qu'il faut dissiper l'équivoque trompeur des mots. En soi, l'idéal, œuvre de conception subjective, peut inspirer les résultats les plus divers, les pires comme les meilleurs. Et, si l'on entend que l'idéal tend nécessairement à la perfection, c'est donc que l'on envisage un *type de perfection*, que peut seule spécifier son existence objective[2]. Quant à la raison, elle ne produit rien, elle n'est qu'un instrument de connaissance, qui ne peut agir efficacement qu'en face d'un objet réellement existant.

Si l'idéal juridique n'a pas de base objective, il ne peut qu'entrer en lutte avec un autre idéal manquant aussi bien de soutien. Entre les deux, la force seule décidera. Et, nous n'échapperons à cette conséquence fatale, ni en nous complaisant dans un roman historique de la formation du droit[3], ni en rejetant comme un scandale la théorie allemande de la création du droit par la force[4], ni même en comptant, pour assurer la victoire du droit vrai, sur un assentiment populaire[5], qui ne serait souvent que la soumission des vaincus à la force définitivement triomphante[6].

Il était bien, il était beau, il était flatteur en même temps, de rappeler à de jeunes auditeurs, récemment

---

1. G. May, *Introduction*, p. 109.
2. Voy. ci-dessus, p. 215-216 (n° 1) de la présente étude.
3. G. May, *Introduction*, p. 5-13. — On peut s'étonner que l'auteur repousse si énergiquement l'hypothèse du contrat social (p. 12-13), alors que ses développements historiques ne soient pas plus solidement étayés sur les faits.
4. G. May, *Introduction*. p. 13-14.
5. G. May, *Introduction*, p. 21. — *Éléments de droit romain*, 1920, p. 4 (n° 1, *in fine*).
6. C'est bien, au fond, ce qu'avoue notre auteur (p. 12, *in fine*) quand il suppose « que des individus, plus clairvoyants et aussi plus énergiques,.... ont imposé des règles égales pour tous, même aux récalcitrants, comme étant avantageuses ».

sortis des tranchées, qu'ils avaient combattu et lutté pour le triomphe du droit [1]. Mais de quel droit s'agissait-il? Non pas assurément d'un droit positivement national. Non pas même d'un droit purement idéal, qui pût varier avec les conceptions et les mutations de chacun. Ce ne pouvait être qu'un droit de type supérieur, ayant un fondement objectif et sûr dans la nature même des choses : le droit naturel.

Finalement, la philosophie, offerte aux juristes par G. May, consistant en une description superficielle et en affirmations qui s'enchaînent mal, reste trop maigre, trop embarrassée d'équivoques et de contradictions, pour apporter à l'organisation juridique positive la base ferme dont elle a besoin. Si elle prône le droit idéal, elle ne nous dit pas à quel titre il doit s'imposer. Et, malgré ses dénégations et ses efforts, elle ne laisse place qu'à la force pour suppléer à ses défaillances.

6. — Une conception, analogue, en son essence, sinon en ses détails, à celle de G. May, — quoique mieux dégagée d'hypothèses historiques téméraires, plus impressionnante peut-être dans sa simplicité radicale, mieux rapprochée aussi des réalités concrètes et des exigences pratiques de la vie du droit, déconcertante toutefois par la fuyance et l'inconsistance des solutions qu'elle présente à l'apparence, — ressort de l'ensemble des œuvres de droit public et de science financière de G. Jèze, et a été particulièrement mise en lumière, par lui-même, dans les comptes rendus critiques, qu'il a consacrés aux deux éditions successives du *Traité de droit constitutionnel* de L. Duguit [2].

1. G. May, *Introduction*, p. 3.

2. Voy. G. Jèze, Compte rendu de L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2 vol., 1911, dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 181-183. — Compte rendu de L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 2e éd., 1921, dans *Revue du droit public*, 1921, t. XXXVIII, p. 437-444, passage reproduit dans *Cours de droit public* de 1920-1921,

D'après G. Jèze, une distinction essentielle est à faire entre *le droit* et *la politique*. Le droit est uniquement « l'ensemble des règles, — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes, — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont *effectivement* appliquées par les *praticiens* et par les *tribunaux* ». Il est donc purement et nécessairement positif. Au droit, ainsi entendu, s'oppose la *politique*, consistant dans les appréciations, flottantes et variables, suscitées par les besoins sociaux, politiques, économiques, et qui, diversement interprétées d'après le but, le milieu, les conséquences ressenties, provoquent des mouvements de conscience différents chez les individus [1].

Tel que notre auteur l'entend, le droit se ramène tout entier à une technique, qui est à base de légalité. — Cette technique juridique, sur laquelle G. Jèze insiste beaucoup [2], n'apparaît pas parfaitement définie à ses yeux [3]. Car, si elle a son support, presque exclusif, dans la loi écrite (ou les règlements qui la complètent), elle se développe par une interprétation, notamment judiciaire; et celle-ci ajoute à la loi certains principes, qui même parfois lui font échec, sous prétexte de mieux la comprendre et l'appliquer [4].

Giard et Cie, 1921, p. 30 38. — *Adde :* G. Jèze, *De l'utilité pratique des études de jurisprudence*, dans *Revue du droit public*, 1914, t. XXXI, p. 311-321, passage reproduit dans *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., Giard et Brière, 1914, préface, p. VI-XIII ; — et (L'immunité fiscale des titres de la dette publique), dans *Revue de science et de législation financières*, XXIe année, 1923, p. 304-305.

1. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1912, p. 182-183. — *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 3-6 ; passage reproduit dans *Cours de droit public*, 1920-1921, Paris, 1921, p. 3-6. — *Adde : Principes généraux*, 1914, p. 100-101, à la note 2 de la p. 99; p. 104; p. 106, texte; p. 106, note 4, *in fine*; p. 110; p. 111; p. 112-113; p. 115; p. 118; p. 141.

2. La plupart de ses *Cours de droit public* commencent par une partie intitulée : La technique juridique.

3. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 1921, p. 13, note 2 (n° **181**).

4. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1921, t. XXXVIII, p. 443-

En même temps, G. Jèze bannit impitoyablement la notion du droit naturel, envisagé comme type absolu, parfait, immuable, dans l'affirmation duquel il ne voit que « manifestation d'une outrecuidance insupportable », ou encore « l'effet d'un orgueil inconscient mais puéril[1] ». — Toutefois, il accepte la conception équivoque du « droit idéal », représentant les règles, qui sont en parfaite harmonie avec la conscience des individus « et leur sentiment de la justice[2] ». Au fond, ce droit idéal se confond, pour lui, avec la « politique », plus exactement il est le résultat d'une bonne politique. La politique, qui consiste en mouvements d'opinion et combats d'idées, laisse place à la faculté critique. Elle permet à la conscience de s'engager contrairement au droit positif — le seul vrai droit — et lui en fait même parfois un devoir. La révolution est donc permise; ou plutôt, on ne saurait l'empêcher: Elle est toujours contraire au droit. Mais, elle peut être commandée par la conscience. Et, si elle réussit, elle amène la transformation du droit[3].

D'après ces vues, se déterminent la mission du juriste, et semblablement le rôle de l'administrateur ou du juge. Le premier doit constater la règle du droit positif en vigueur, telle qu'il la trouve dans les textes ou les arrêts des tribunaux, puis la comparer avec le droit idéal, tel que le conçoit la mentalité et la conscience des individus composant tel pays au moment présent. Le juge est lié par le droit positif; mais il a la possibilité, grâce à son pouvoir d'interprétation des lois, de le mettre en harmonie

---

444; passage reproduit dans *Cours de droit public*, 1920-1921, Paris, 1921, p. 36-38.

1. G. Jèze, dans *Revue de science et de législation financières*, 1923, p. 304.

2. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1921, t. XXVIII, p. 440-443; passage reproduit dans *Cours de droit public*, 1920-1921, Paris, 1921, p. 34-37.

3. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 182-183.

avec le droit idéal, en tenant compte des changements survenus dans le milieu politique ou social[1].

7. — L'incertitude et le flottement de toutes ces idées, si difficiles à maintenir d'accord et à combiner entre elles, trahissent la faiblesse du système et, sous ses négations apparentes, nous révèlent la nécessité d'un type de droit supérieur aux contingences envisagées. Il est aisé de nous en rendre compte, au moyen de quelques considérations critiques.

Et d'abord, il y a lieu de se demander sur quoi repose la souveraineté, que l'on attribue, en apparence du moins, à la loi positive? G. Jèze ne nous l'a indiqué qu'occasionnellement, en résumant, sous une forme manifestement approbative, les idées formulées à cet égard par L. Duguit[2]. La loi et le règlement tireraient leur force obligatoire de la conscience de la solidarité et du sentiment de la justice existant chez la masse des individus, qui, à une époque et dans un groupe donnés, consentent à l'intervention contraignante des gouvernants. — La notion du juste et de l'injuste, ainsi évoquée, condamne donc la loi contraire à la justice, telle qu'elle se dégage de la conscience générale. C'est déjà un principe objectif, qui nous rapproche de la conception fondamentale du droit naturel[3]. Si on l'écartait, il faudrait accepter la loi positive, simplement parce qu'elle est. Ce serait un acte de foi, dépourvu même de motifs de crédibilité. Car G. Jèze n'a pas reproduit l'explication historique, d'ailleurs assez

1. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1921, t. XXVIII, p. 441-444; passage reproduit dans *Cours de droit public*, 1920-1921, Paris, 1921, p. 34-38.

2. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1921, t. XXXVIII, p. 437-438 et p. 440, note 1; passage reproduit dans *Cours de droit public*, 1920-1921, Paris, 1921, p. 30-32 et p. 34, note 1.

3. Comp. ce que j'ai dit sur L. Duguit (Fr. Geny, Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, t. XXI, p. 787-789 (nos 5-6) ou ci-dessus, p. 167-170.

fantaisiste, de G. May[1]. Il faut donc admettre, au moins, qu'il présume la loi conforme à la justice. C'est assez pour nous faire entrevoir chez lui une croyance instinctive au droit naturel.

On sent aussi l'embarras de notre auteur, en cas d'insuffisance de la loi écrite. — Certes, il ne proclame pas la plénitude parfaite du système légal. Il avoue les lacunes à en combler, les défectuosités à en corriger, par le rôle important et grave qu'il assigne à l'interprétation judiciaire, qui doit contribuer, pour sa part, à constituer le droit positif. En somme, il accepte, dans l'effort des juges, l'intervention de la « politique » venant subvenir aux défaillances de la « technique » du droit[2]. — Mais, si l'on se demande comment se justifie cette interprétation tendancieuse, on ne peut répondre qu'en découvrant le type de justice qu'elle poursuit.

Nous avons mieux, d'ailleurs, que ces inductions sujettes à discussion, pour nous révéler la pensée profonde de G. Jèze sur le droit. C'est un des traits les plus marquants, et, à mon avis du moins, la note éminente, de sa doctrine générale de droit public, qu'il existerait un certain nombre de principes, que la loi écrite ne saurait contredire, à peine de nullité foncière et de vanité radicale de ses dispositions. Aussi, proteste-t-il énergiquement contre cette proposition, qu' « en France *le Parlement pourrait tout faire* » et proclame-t-il bien haut et sans se lasser « que, si le Parlement est au-dessus des lois, *il n'est pas au-dessus du droit* »[3]. — Plus précisément encore, il formule quelques-unes de ces règles supérieures, qui brideraient, à

1. Comp. ci-dessus, p. 226-227 (n° **4**) et p. 230, texte et note 3 (n° **5**) de la présente étude.

2. G. Jèze, dans *Revue du droit public*, 1921, t. XXXVIII, p. 442-443; passage reproduit dans *Cours de droit public*, 1920-1921, Paris, 1921, p. 36-38.

3. G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 108, p. 131. — *Adde : Cours de science des finances. Dépenses publiques. Théorie générale du crédit public*, 1922, p. 298.

ses yeux, la puissance de la loi écrite. Ainsi, il déclare dépourvues de toute valeur juridique « les interdictions formulées, *par quelque autorité que ce soit*, de modifier la règle de droit avant une certaine époque ». Le législateur ne peut pas, non seulement *politiquement*, mais *juridiquement*, assujettir à ses prescriptions actuelles les générations futures[1]. Et, de ce principe, difficilement contestable dans sa pensée essentielle[2], sinon peut-être en certaines applications excessives[3], G. Jèze tire logiquement des conséquences extrêmes, parfois sujettes à doute, comme celle qui invalide sans distinction tout engagement législatif tendant à l'immunité fiscale de la rente française d'État[4]. — G. Jèze relève encore d'autres limites nécessaires, qu'il faut reconnaître, à la prétendue omnipotence du législateur : « Il n'est pas possible juridiquement de supprimer *pour le passé* les effets qu'a produits juridiquement un acte

---

1. G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 89-90.

2. On le trouve formulé dans la Constitution du 3 septembre 1791, tit. VII, art. 1er : « L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution »; — et surtout dans la Constitution du 24 juin 1793. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 28 : « Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures ». — *Adde* : Constitution girondine des 15-16 février 1793. Projet de déclaration des droits naturels, civils et politiques des hommes, art. 33. — Comp. quelques observations échangées, sur l'initiative du rapporteur A. Wahl, dans une discussion relative à un projet d'unification des lois relatives aux effets de commerce, à la Société d'études législatives, le 22 décembre 1911, d'après *Bulletin* de cette société, 1911, t. X, p. 559-561.

3. Notamment, ne peut-on jamais admettre que le législateur se lie lui-même pour un temps raisonnablement limité?

4. G. Jèze, *Cours de science des finances et de législation financière française. Théorie générale du budget*, 6e éd., Paris, Marcel Giard, 1922, p. 107-108. — *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 90, texte et note 1. — Et surtout (L'immunité fiscale des titres de la dette publique), dans *Revue de science et de législation financières*, 1923, p. 303-315. — Voy. quelques atténuations sous Conseil d'État, 21 juillet 1911, Legros et Humblot, dans même *Revue*, 1912, t. X, p. 253-258.

juridique régulier »[1]. Et cela s'impose au législateur comme à tous autres. Car « le Parlement ne peut pas déclarer qu'une situation juridique *déterminée*, qui a pris *régulièrement* naissance, n'a pas produit, *dans le passé*, ses effets juridiques »[2]. En sens inverse, « le Parlement ne peut pas déclarer qu'un acte juridique *déterminé*, un contrat, qui a été accompli *irrégulièrement*, doit être tenu pour *régulier* et a produit *dans le passé* les effets d'un acte régulier »[3]. Pas plus, ne pourrait-il retirer complètement une constatation passée en force de chose jugée, en ce sens que ses effets, régulièrement produits dans le passé, soient nuls et non avenus[4]. Et spécialement, aucune autorité n'est capable de supprimer les effets d'une condamnation régulièrement prononcée avec force de vérité légale[5]. Plus généralement même, la situation juridique individuelle, résultant d'un contrat ou d'une déclaration unilatérale de volonté, ne peut être modifiée par la loi[6]; à quoi se rattache le caractère inviolable des obligations nées des emprunts d'État[7], voire des clauses promettant leur paiement en monnaie nationale d'or ou d'argent, ou leur paiement en monnaie nationale au cours du change de ce moment, qui résisteront à toute loi ultérieure établissant le cours forcé[8]. D'autre part aussi, « l'abrogation de la

1. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 88.

2. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 115. — Et, pour le développement, p. 115-117. — *Adde :* p. 120-121.

3. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 117. — Et, pour le développement, p. 117-119.

4. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 134-139.

5. G. Jèze, *op. cit.*, p. 145-146.

6. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 109. — Et, pour les développements, p. 109-115. — *Adde :* p. 121-126.

7. G. Jèze, *Cours de science des finances et de législation financière française. Dépenses publiques. Théorie générale du crédit public*, 6e éd., Marcel Giard, 1922, p. 294-296. — *Adde :* p. 297-300.

8. G. Jèze (La monnaie de paiement dans les contrats entre parti-

loi, du règlement, ne peut pas juridiquement avoir pour effet de supprimer, *dans le passé*, les effets qu'elle a régulièrement produits pendant qu'elle était en vigueur »[1]. Et, dans un autre ordre d'idées, le Parlement ne saurait revenir, pour le passé, sur les effets d'une nomination ou révocation de fonctionnaire régulièrement opérées[2]. — Sans doute, en même temps qu'il proclame ces principes, G. Jèze indique qu'ils peuvent être corrigés ou atténués, au moyen de la faculté, d'édicter des dispositions générales et impersonnelles, qui reste, malgré tout, au législateur. Mais, il a soin d'observer que ces correctifs sont imparfaits et qu'ils laissent toujours en souffrance quelques conséquences des principes, qui doivent être maintenus contre toutes les contradictions[3]. — Tout cela est fort bien. Il nous faut savoir pourtant, comment se justifient ces principes, que G. Jèze place au-dessus de la loi positive. « Principe de bon sens et de morale politique »[4], nous dit-il du premier d'entre eux, le plus incontestable à coup

culiers et dans les emprunts publics d'État), dans *Revue de science et de législation financières*, 1924, t. XXII, p. 100-104; p. 112-113.

1. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 91. — Et, pour le développement, p. 91-107.

2. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 131-133. — *Adde* : p. 527-537.

3. Voy. les développements mentionnés aux huit notes qui précèdent. — On peut, d'ailleurs, se demander si certains correctifs n'aboutissent pas à anéantir le principe lui-même. Ainsi, tout en déclarant nulles les dispositions légales tendant à soustraire la rente sur l'État à tout impôt dans l'avenir, G. Jèze suggère que l'on pourrait, en contractant les emprunts publics, inscrire sur les titres, que l'État prendra à sa charge le paiement de tous impôts présents et futurs, qui seraient établis sur les valeurs mobilières; et cette clause serait, dit-il, juridiquement correcte. Voy. G. Jèze, dans *Revue de science et de législation financières*, 1913, t. XI, p. 289, p. 312-313. Que resterait-il alors de la prohibition si bruyamment établie? Elle ne servirait qu'à prendre, comme en un traquenard, les malheureux rentiers, qui auraient compté sur la formule primitive et sur la loyauté de l'État, sans s'aviser des subtilités de la technique juridique.

4. Voy. G. Jèze (L'immunité fiscale des titres de la dette publique), dans *Revue de science et de législation financières*, XXIe année, 1923, p. 304.

sûr. Et certes, nous acceptons la formule justificatrice. Qu'il nous soit seulement permis de remarquer, qu'elle répond tout à fait à cette notion minima du droit naturel supérieur aux lois positives, dont nous soutenons ici la nécessité[1]. Sans doute, G. Jèze protestera contre cette assimilation. Et, le fond de sa pensée me paraît être qu'il y aurait, dans l'essence même du droit, une technique juridique infrangible, qui s'imposerait nécessairement au législateur lui-même[2]. Le malheur est qu'il ne nous a donné nulle part un exposé profond et convaincant de semblable technique. Et, du moment qu'on verrait, en celle-ci, non plus l'œuvre artificielle de l'ingéniosité humaine suivant la seule conception répondant à la réalité des choses[3], mais un assemblage de postulats dominant toute élaboration juridique, comment lui dénier la vertu d'un « droit supérieur », servant de type indispensable à la reconnaissance et à la mise en œuvre des règles positives?

Le même sentiment se dégage des développements, si impressionnants, dans leur concision robuste, que G. Jèze a consacrés au contrôle juridictionnel des lois d'après notre droit français[4]. Manifestement, tout en décrivant minutieusement la jurisprudence française existante et constatant qu'elle répugne au contrôle de constitutionnalité interne des lois et autres actes législatifs, G. Jèze estime qu'il y a là un état de droit fâcheux, qu'il a même, un des premiers, contesté du point de vue positif, en se

---

1. Comp. G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 342-344 (*Additum*).

2. Cette conception se rencontre aussi à la base de la thèse de P. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse de doct. Droit, Lille, 1913-*1914*, dont l'auteur se réclame nettement des idées de G. Jèze (Bibliographie, p. 13, II; et, plus loin, p. 25-26).

3. C'est, du moins, ce que j'ai cherché à établir dans le t. III de *Science et technique en droit privé positif*, juin 1921. Voy. notamment p. 13, note 2 (n° **181**), sur la conception de G. Jèze.

4. Voy., surtout : G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., Paris, Giard et Brière, 1914, p. 205-214. — *Adde* : p. 215-240.

montrant favorable à la généralisation de l'exception d'inconstitutionnalité[1]. — Sur quoi donc ferait-il reposer ce contrôle juridictionnel, qu'il déclare souhaitable, voire nécessaire? Sur le droit[2], sur les principes de l'organisation politique et sociale[3]. Et, quand il critique l'absence de tout contrôle juridictionnel des décisions ou faits d'une autorité parlementaire, c'est en alléguant les « sentiments de justice »[4], de même, qu'à l'encontre du refus de contrôle pour les actes de gouvernement, il invoque « les idées modernes de droit et de justice »[5]. Qu'est-ce à dire, s'il n'existe pas un type supérieur d'ordre juridique dominant les institutions positives?

Et, la pression de cette conviction intime, sur l'esprit de mon éminent collègue, est d'autant plus notable, que, par ailleurs, il repousse la conception d'une « superlégalité constitutionnelle » de fond et considère comme une véritable erreur l'opinion, suivant laquelle la Déclaration des droits de 1789 dominerait encore aujourd'hui nos constitutions et nos lois[6]. — Si, donc, nous voulons caractériser ce droit supérieur, dont il sent la nécessité inéluctable, nous n'y arriverons qu'en le ramenant à la notion, essentielle et rudimentaire, qui reste à la base du

---

1. G. Jèze (Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes), dans *Revue générale d'administration*, 1895, II, p. 409-414. — *Adde :* Mémoire consultatif de MM. H. Berthélemy et G. Jèze, sur le caractère inconstitutionnel de la loi roumaine du 18 décembre 1911, relative à la Société commerciale des tramways de Bucarest, dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 138-153.

2. G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914. p. 208.

3. G. Jèze, *ibid.*, p. 210 et p. 211, *in fine*.

4. G. Jèze, *ibid.*, p. 225.

5. G. Jèze, *op. cit.*, p. 233; p. 235, note 1; p. 240.

6. G. Jèze (Compte rendu du Traité de droit constitutionnel de L. Duguit [1re édition]), dans *Revue du droit public*, 1912, t. XXIX, p. 183. — *Adde : ibid.*, p. 148, texte et note 4 et p. 150 (Mémoire consultatif sur le caractère inconstitutionnel de la loi roumaine du 18 décembre 1911); — et encore : G. Jèze, *Cours de science des finances. Théorie générale du budget*, Paris, Marcel Giard, 1922, p. 107.

concept de droit naturel[1]. A vrai dire, d'ailleurs, G. Jèze n'écarte celui-ci que comme désignant un droit absolu, parfait, immuable[2]. Or, ces caractères restent étrangers à la notion, dont je défends ici l'existence et qui se ramène simplement à celle d'un type supérieur de justice, qui doive présider à toute élaboration de droit positif Ni le droit idéal, résultant de conceptions purement subjectives, ni la prétendue politique, consistant en mouvements d'opinion, sujets à oscillations infinies, ne suffisent à fournir ce type, qui requiert une existence objective et indépendante.

En tout cas, les solutions, précises et fermes, proposées par G. Jèze, n'apparaissent viables et harmoniques que moyennant ce postulat indispensable. Constatation importante et décisive, en face d'un système d'organisation juridique aussi fortement charpenté !

8. — A la suite des dénégations, superficielles ou peu cohérentes, du droit naturel, que nous ont offertes les doctrines de G. May et de G. Jèze, je voudrais exposer et apprécier maintenant une théorie, profondément réfléchie et logiquement enchaînée, qui, s'appuyant sur les données fondamentales du droit public et constitutionnel français, cherche à édifier une notion de droit positif, se suffisant à elle-même, capable de satisfaire pleinement aux exigences de la vie sociale, excluant même, par nécessité et pour mieux atteindre le but, toute intervention de droit naturel. C'est la doctrine, qu'on dégage sans peine, et dans une parfaite rectitude, de l'imposante *Contribution à la théorie générale de l'État*, que nous devons à R. Carré de Malberg[3].

---

1. Voy. ci-dessus, p. 216-217 (n° 1) de la présente étude. — *Adde :* Préface de *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, p xiii, texte et notes 1-5.

2. Voy. G. Jèze, dans *Cours de droit public*, 1920-21, Paris, 1921, p. 34 ; — et dans *Revue de science et de législation financières*, 1923, XXIe année, p. 304.

3. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*,

Très décidément et très énergiquement, en effet, cet auteur place en dehors de la sphère du droit les préceptes supérieurs de raison, de justice ou d'utilité, dont doit s'inspirer la loi positive[1]; et il n'hésite pas à stigmatiser la doctrine du « droit naturel » comme « une erreur dont il serait bien désirable que la science du droit fût une bonne fois débarrassée »[2].

Ce n'est pas, certes, qu'il conteste la réalité, la vérité, l'importance, la nécessité même, pour une bonne direction de la vie civile et politique, des idées morales ou des règles permanentes gouvernant les sociétés humaines, « dont on puisse affirmer qu'aucune prescription législative positive ne devrait méconnaître la supériorité transcendante »[3]. Tout au rebours, il les proclame et les recommande avec une insistance non équivoque[4]. Mais il refuse absolument de leur faire une place dans le droit proprement dit, qui, pour lui, ne peut être que positif[5].

Sur quoi donc est fondé ce droit positif, le seul qui mérite proprement le nom de droit? Il repose uniquement sur la puissance de l'État, telle que l'établit la Constitution[6]. Quant à la Constitution elle-même, elle ne peut trouver sa légitimité dans aucune théorie philosophique ni juridique. Elle sort d'un événement historique, d'un

---

spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français, 2 vol., Paris, Recueil Sirey, 1920-1922.

1. R Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 57, note 6 (n° **21**); n°s **71-74**, p. 202-213; n° **80**, p. 235-238; t. II, p. 159-161 (n° **322**); p 490 (n° **441**).

2. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 238 (n° **80**, *in fine*).

3. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 207 (n° **73**).

4. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I. Avant-propos, p. xix-xx; p. 53-54 (n° **20**); p. 57, note 6 (n° **21**); p. 207-208 (n° **73**); p. 237-240 (n°s **80-81**); p. 243, note 20 (n° **81**); t. II, p. 160, note 7 (n° **322**); p. 490 (n° **441**); p. 622-624, texte et note 16 (n° **484**).

5. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 57-60, note 6 (n° **21**); p. 207-210 (n° **73**); t. II, p. 160, note 9 (n° **322**); p. 490 (n° **441**); p. 623, note 16 (n° **484**).

6. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, n° **23**, p. 65-67; p. 196 (n° **68**).

pur fait, qu'il faut prendre et reconnaître comme tel, sans prétendre le rattacher à un principe de droit, qui ne saurait lui être antérieur[1].

En effet, le droit dépend essentiellement, exclusivement même, de l'État souverain, exprimant normalement sa volonté par les Chambres législatives, qui, dans notre législation française, du moins, en représentent la suprême puissance[2]. En dépit du principe théorique, qui limite la souveraineté d'après la nature juridique de son organisation nécessaire[3], il n'existe aucune borne extrinsèque au pouvoir de l'État, qui doit, seulement, se limiter librement lui-même (auto-limitation)[4]. — Dès lors, aucun moyen n'est offert aux sujets de faire valoir devant les tribunaux une prétendue inconstitutionnalité des lois, même pas pour un vice de procédure parlementaire, du moment que la loi a été régulièrement promulguée[5]. Aucune responsabilité n'est admissible à la charge de l'État législateur[6]. A plus forte raison, ne peut-on songer à légitimer jamais la résistance à l'oppression de l'État[7]. — Tout au plus, conçoit-on la possibilité d'une limitation, d'ailleurs purement théorique, du pouvoir législatif, par le moyen du pouvoir constituant, placé au-dessus de lui par la Constitution[8]. En fait, pareille limitation

1. R. Carré de Malberg, t. I, p. 56, note 5 (n° **21**); n° **22**, p. 61-65; n° **24**, p. 67-68; p. 194-195 (n° **68**); n° **69**, p. 197-200; t. II, p. 132, note 14 (n° **311**); n^os^ **441-442**, p. 489-492; n° **444**, p. 495-497. — *Adde* : n^os^ **445-446**, p. 497-504.

2. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, Avant-propos, p. xvii; — p. 225-227 (n° **77**).

3. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, n° **78**, p. 228-231.

4. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, n^os^ **79-81**, p. 231-243; t. II, n^os^ **312-315**, p. 134-142.

5. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 225-227 (n° **77**); n^os^ **149-151**, p. 449-456; p. 492-493 (n° **164**); p. 608-609 (n° **205**); t. II, n° **480**, p. 607-608; p. 610, note 11 (n° **481**).

6. R. Carré de Malberg, t. I, n^os^ **75-77**, p. 214-227.

7. R. Carré de Malberg, t. I, p. 223-224 (n° **77**).

8. R. Carré de Malberg, t. I, p. 233 (n° **79**); p. 236 (n° **80**); p. 449 (n° **149**); t. II, p. 137-139 (n° **314**); p. 611-613 (n° **482**).

ne se rencontre pas en France, étant donné que nos lois constitutionnelles de 1875 ne consacrent pas de droits supérieurs mis à l'abri des atteintes du législateur[1], qu'on ne peut suppléer à ce silence par une Déclaration des droits, étrangère à notre Constitution formelle et, d'ailleurs, trop vague dans ses dispositions[2], qu'enfin l'organisation même de notre pouvoir constituant ne lui assure pas une véritable autonomie à l'égard du législatif[3].

Finalement, il faut se contenter d'observer, que la division du pouvoir législatif entre les deux Chambres tempère quelque peu l'omnipotence du Parlement[4]. Et, pour le surplus, le seul frein, un peu efficace, que l'on entrevoie au despotisme, juridiquement possible, de celui-ci, découle de la séparation entre le corps électoral et la puissance législative, et réside plus précisément dans la limitation de durée, qu'assigne la Constitution à la puissance effective des Chambres, combinée avec le système des élections et réélections périodiques, qui permet, du moins, de réagir, de temps à autre, contre les abus trop criants de la souveraineté parlementaire et arrête, par cette menace même, les excès d'une législation inconsidérée[5].

Et pourtant, — il importe de le remarquer, — R. Carré de Malberg n'ignore pas les infirmités organiques du droit écrit. Nulle part, il ne fait valoir l'hypothèse téméraire de la plénitude d'un système purement légal de

---

1. R Carré de Malberg, t. I, p. 451, note 49, *in fine* (n° **149**); t. II, n^os^ **480-481**, p. 607-610.

2. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, p. 579-582 (n° **467**).

3. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, p. 139-140 (n° **314**); n^os^ **478-479**, p. 601-607; p. 613-616 (n^os^ **482-484**).

4. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, n° **313**, p. 137; p. 618 (n° **484**). — Mais voy., t. II, p. 135-136 (n° **312**).

5. R. Carré de Malberg, t. I, p. 227-228 (n° **77**); t. II, p. 141-142 (n° **315**); p. 358, texte et note 28 (n° **393**); p. 617-620 (n° **484**); p. 622-624 (n° **484**).

droit positif. Tout au rebours, il confesse l'insuffisance foncière de la loi écrite, d'autant plus grave pour lui, qu'il semble avoir peu de confiance au droit coutumier, trop divergent du caractère formel que le droit positif semble revêtir, à ses yeux[1]. — En présence des nombreuses lacunes, nécessairement ouvertes par un système d'interprétation, que sa conception de la loi lui impose de limiter strictement aux formules exprimées par le texte[2], il reconnaît au juge une liberté de décision plus large et plus entière, que ne l'ont jamais admise les partisans les plus extrêmes des doctrines de « libre droit »[3]. En fait, et sauf quelques limites théoriquement indispensables[4], il abandonne au juge un pouvoir discrétionnaire, pour trancher les questions non précisément et nettement résolues par les textes[5], faisant ainsi déborder la fonction juridictionnelle au delà de la simple application exécutive des lois et la rapprochant, en quelque mesure, dans le rôle effectif qu'il lui assigne, de la fonction législative elle-même[6].

9. — Il y a lieu, d'abord, de relever ce dernier résultat, que nous avions déjà soupçonné à l'état latent chez G. Jèze[7], qui est nettement affirmé et développé par R. Carré de Malberg. Il suscite une question fort grave :

---

1. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p 357, note 17 (n° **120**); p. 657 (n° **219**); p. 683 (n° **228**); p. 686, note (n° **228**); t. II, p. 582, note 10 (n° **467**). — Comp., en sens contraire : M. Réglade, *La coutume en droit public interne*, thèse de doct. Droit, Bordeaux, 1918-*1919*.

2. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 707-716 (n°s **236-238**).

3. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919.

4. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, n°s **247-248**, p. 744-749.

5. R. Carré de Malberg. *op. cit.*, t. I, n°s **234-245**, p. 702-741. — *Adde* : p. 225, note 16 (n° **77**). — Voy., encore, n°s **246-248**, p. 741-749.

6. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 705-706 (n° **235**); p. 716 (n° **239**); p. 736 (n° **244**, *in fine*); p. 743, texte et note 19 (n° **246**); p. 749 (n° 248, *in fine*); n° **250**, p. 750-752; p. 812, note 31 (n° **268**).

7. Voy. ci-dessus, à la page 234, texte et note 1 (n° **6** *in fine*) de la présente étude.

Sur quoi les juges se baseront-ils, pour décider du droit dans les cas non réglés par la loi? Pourront-ils faire appel à ces idées morales, qu'on nous dit ne devoir aucunement compter dans le droit? Et à quel titre seront-ils admis à les faire intervenir, pour la solution de questions nettement juridiques? Il y a ici un problème délicat, problème de première importance pourtant, que notre éminent collègue de Strasbourg n'a touché qu'en passant et résolu que par forme implicite[1], alors que, dans son système exclusif, la question demandait une attention sérieuse. — De quelque façon, d'ailleurs, qu'il se tire de cette difficulté, il aboutit, à défaut de direction légale, à reconnaître pratiquement, pour la détermination et l'application du droit aux cas particuliers, la souveraineté du juge[2], comme il a admis la souveraineté du législateur pour constituer l'ordre juridique général. Or, ces deux autorités n'ont pas la même source positive. Dans l'état actuel de notre droit public, auquel R. Carré de Malberg ne demande, sur ce point du moins, aucune modification, le pouvoir législatif est directement issu de la nation par le suffrage. Le pouvoir judiciaire émane du pouvoir exécutif. Et, bien que ce dernier soit dans une certaine dépendance du Parlement, il n'en constitue pas moins un organe à part, qui peut et doit avoir ses directions propres. D'autre part, l'influence notable, reconnue par R. Carré de Malberg au pouvoir judiciaire dans la création du droit, n'est pas contrebalancée, chez

1. Voy. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 810 : « ... il suffit que cette décision soit prise par une autorité juridictionnelle .... cette autorité statuant dans des formes qui fournissent la garantie que sa sentence sera exempte de tout arbitraire, conforme à l'ordre juridique en vigueur, déterminée par des motifs de pure légalité ou d'équité idéale, à l'exclusion de toute considération de buts administratifs ou d'intérêt général » (n° **263**).

2. Sans doute, à la différence du législateur, le juge statue *in concreto*. — Mais, dans cette mesure, il a le pouvoir de « dire du droit nouveau ». R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, nos **246-247**. p. 741-747, insiste sur ce point.

lui, par les principes de brève durée et de précarité, qui, grâce au jeu des réélections successives, limitent les pouvoirs des membres du Parlement[1], puisqu'au contraire l'inamovibilité, dont ils jouissent, met les juges à l'abri de tout ce qui pourrait entraver leur indépendance. Ils ne sont tenus que par le lien de la hiérarchie. Mais ce pouvoir hiérarchique lui-même ne fera que renforcer la souveraineté de jugement reconnue à la juridiction suprême. Tout cela ne contient-il pas des germes de conflit sérieux — en matière de création du droit positif — entre le pouvoir proprement législatif et le pouvoir judiciaire? Et, ces conflits ne risquent-ils pas d'ébranler cette unité de l'État, que postule, avant tout, le système envisagé[2]? Je ne prétends pas, qu'il en résulte une contradiction absolue entre les solutions proposées, puisque le juge ne peut statuer en droit qu'à défaut de loi écrite, et jamais à l'encontre de celle-ci[3]. Mais, pour qui connaît la difficulté de séparer le domaine précis d'application du texte légal des à-côtés, qu'on peut tenter d'y annexer, il n'est pas douteux que le système présenté doive susciter des conflits fort délicats, qui pourraient, du moins, être adoucis, grâce à la notion de droit naturel supérieur, dont on nous refuse impitoyablement le secours.

Envisageons donc, en elle-même, cette thèse capitale de R. Carré de Malberg, qui, repoussant toute idée de droit naturel, ne peut appuyer le droit positif, seul admissible à ses yeux, que sur la puissance de l'État. Par la conscience, la sincérité, la franchise même de ses déductions, elle va, je crois, nous révéler, mieux que toute autre, les faiblesses et les insuffisances du positivisme juridique.

---

1. Voy. ci-dessus, p. 244, texte et note 5 (n° **8**), de la présente étude.
2. Voy. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 225, texte et note 16 (n° **77**) et p 723, note 14 (n° **241**). — Rappr. t. I, p. 9 (n° **3**) et n^os **10-17**, p. 30-50.
3. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t I, n° **248**, p. 747-749.

En vertu de son principe, il ne saurait y avoir de droit, tant qu'il n'y a pas un État, régulièrement constitué. — A quelles invraisemblances, à quelles impossibilités, de droit comme de fait, ne nous conduit pas pareille théorie? Elle suppose l'État antérieur au droit[1]. Conception inadmissible, en raison, puisque l'État implique, dans sa constitution même, la notion de droit, sans laquelle il n'est rien[2]. Inadmissible aussi, en fait et en histoire[3]. Beaucoup de peuples ont vécu, plusieurs vivent encore sans constituer un véritable État. Pourtant, ils ont eu et ils ont un droit, à défaut duquel une vie sociale, digne de ce nom, n'existe pas. De même, en certaines périodes de crise grave, parfois durable, l'État disparaît, du moins momentanément. Le droit subsiste, moins ferme et moins assuré peut-être que sous le régime d'État, conservant tout de même les caractères essentiels des règles juridiques[4].

Et, d'ailleurs, sur quoi repose, pour R. Carré de Malberg, la constitution, qui crée l'État? Aucun droit n'est à sa base. Elle sort du fait, c'est-à-dire d'une éclosion spontanée, ou, plus souvent, d'une émeute, d'une révolution. Et voilà, par conséquent, la source profonde du droit! Quelle déchéance! — Il est vrai, que notre auteur écarte, avec énergie, l'idée que la force des gouvernants créerait la puissance étatique[5]. Il faut cependant

---

1. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, p. 490 (n° **441**).

2. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. I, p. 202 (n° **81** *ter*).

3. Comp. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 284, note 1. — *Adde :* G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 29-35.

4. R. Carré de Malberg, nous dit, il est vrai, t. II, p. 497, note 10 (n° **444**), que « le droit, l'ordre juridique, ne trouve à s'appliquer efficacement et utilement que dans des milieux sains et équilibrés ». *Adde*, t. II, p. 623 (n° **484**). — Mais, que nous offre-t-il pour les autres?

5. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, n° **69**, p. 197-200; — t. II, p. 492, note 6 (n° **442**).

constater que le fait, d'où naît la constitution, ne sera généralement pas autre chose. Ce n'est que par un effort d'imagination ou de mots, que l'on nous représente un équilibre de forces s'établissant de lui-même, pour assurer le triomphe de la plus grande force [1]. Sous ce cliquetis de concepts et de verbes, nous n'apercevons qu'une force dominant les autres par sa seule vertu de plus grande force. Et, malgré qu'on en ait, le résultat d'un pareil système ne peut être que d'encourager l'émeute ou la révolution chez ceux qui se sentent de taille à la faire réussir.

Admettons la constitution solidement établie, qu'elle reste fixe ou se modifie suivant les préceptes de révision posées par elle [2]. — Par quoi seront dirigés les législateurs, dans la confection des lois? Par rien autre que les aspirations confuses des majorités, ou des partis politiques qui les rallient. Cela fait beau jeu aux politiciens. Il faudrait bien, en tout cela, un grain de raison, un germe de vraie justice. Le système ne nous offre rien de semblable. Nous en sommes réduits à l'auto-limitation du pouvoir, qui, en dépit des directions qu'on lui propose, reste à la pleine discrétion des organes législatifs, maîtres d'en user à leur gré [3]. — Et nous ne savons même pas, si cette limitation, purement factice, bridera également le juge, l'administrateur, les interprètes de tous ordres, auxquels le système laisse également les coudées franches dans le domaine non textuellement réglé par la loi [4].

N'y aurait-il pas, du moins, quelques bornes objectives, à cette souveraineté du pouvoir, analogues à celles que reconnaît G. Jèze [5], et qui se tireraient de la notion

---

1. Voy. notamment : R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 198-199 (n° **69**) et p. 229 (n° **78**).

2. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, n° **443**, p. 492-495; n^os **445-446**, p. 497-504; n^os **457-484**, p. 552-624.

3. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, n^os **79-81**, p. 231-243.

4. Voy. ci-dessus. p. 245-247 (n° 9, *initio*) de la présente étude.

5. Voy. ci-dessus, p. 235-238 (n° 7) de la présente étude.

même du droit positif, telle qu'elle apparaît chez R. CARRÉ de MALBERG? — La logique du système semble bien imposer au moins une de ces limites, et exclure du domaine, largement ouvert à la volonté législative, la faculté de lier les générations futures, en s'interdisant de modifier la règle de droit, qu'elle porte aujourd'hui, pendant un temps plus ou moins long. Il est clair, en effet, que pareille faculté, si on l'admet sans mesure, rendrait absolument vain le seul correctif sérieux, que notre savant collègue reconnaisse à l'omnipotence du Parlement, dans la durée limitée de ses pouvoirs combinée avec la pratique des élections et réélections périodiques [1]. Encore ne savons-nous pas si R. CARRÉ de MALBERG admettrait cette limite. Car, en cet ouvrage si copieusement fourni et soucieux de ne laisser dans l'ombre aucune question intéressant la théorie générale de l'État, nous ne rencontrons pas une solution ferme sur ce point [2], qui demandait pourtant examen, ne fût-ce que pour préciser la limite dont il s'agit et qui peut-être comporte elle-mên e quelque mesure [3]. — Ce point mis à part, R. CARRÉ de MALBERG ne formule nettement qu'une seule réserve au pouvoir juridique de « tout faire », qu'il reconnaît à l'État [4]. Il n'admet pas que l'État puisse « supprimer tout ordre juridique et fonder l'anarchie, car il se détruirait

---

1. Voy. ci-dessus, p. 244, texte et note 5 (n° **8**) de la présente étude.

2. Tout au plus, peut-on induire la pensée probable de R. CARRÉ de MALBERG de ce qu'il dit, *op. cit.*, t. I, p. 228 (n° **77**) : « Le régime constitutionnel... exclut, pour l'organe législatif, la possibilité d'imposer ses volontés à perpétuité ».

3. Comp. ci-dessus, p 236, notes 1-4 (n° **7**) de la présente étude. — Voy. aussi l'incertitude de la pensée de R. CARRÉ de MALBERG, à cet égard, d'après les passages suivants de son livre : t. I, p. 487-488 (n° **163**) et p. 686-687 (note 33 du n° **228**).

4. Ainsi admet-il, que les Chambres puissent modifier, par une loi rétroactive, la solution appliquée à des procès déjà jugés (*op cit.*, t. II, p 135 [n° **312**]). — Il admet aussi que la loi pourrait formellement écarter la responsabilité de l'État résultant des contrats passés par lui (*op. cit.*, t. I, p. 224 [n° **77**]).

ainsi lui-même »[1]; d'où résulte qu' « il ne peut abroger le droit et l'organisation en vigueur qu'en créant de l'organisation et du droit nouveaux, qui continueront à limiter sa puissance »[2]. A le bien prendre, ces formules mêmes impliquent une notion de l'ordre et du droit préexistante à l'État lui-même. Et notre auteur est tout près de l'admettre, quand il nous dit que « La notion de justice est plus haute que celle de volonté étatique »[3] Mais il ne se décide pas à franchir le pas et laisse finalement la puissance législative hors des prises de cette notion de justice, à laquelle il refuse la nature intrinsèque du droit[4].

A peine est-il besoin d'ajouter que la conception de R. Carré de Malberg doit l'amener irrésistiblement à rejeter du domaine juridique les règles du droit international public[5]. Il ne semble pas s'être expliqué sur ce point, qui restait en dehors de son étude.

Ainsi, le système juridique apparaît comme un système clos, absolument séparé de toutes les idées morales, qui se développent à part dans une sphère franchement distincte et resteront ainsi dépourvues de toute sanction efficace en ce monde. Cette manière de voir implique une notion de droit strictement formelle, impénétrable à tout ce qui pourrait la vivifier, l'élever, la faire progresser. — Ici, on est amené à se demander sur quoi se fonde une conception aussi singulière et contraire aux réalités de la vie sociale. Est-elle le résultat d'une méthode strictement scientifique, par laquelle on prétendrait traiter le droit à l'état pur, en dehors de tout élément hétérogène, en le ramenant tout entier à un mécanisme technique[6]? Ou

1. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 229 (n° 78).
2. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 229 (n° 78). — *Adde :* t. I, p. 234 (n° 79).
3. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 238 (n° 80).
4. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 237-238 (n° 80).
5. Comp M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 285-286, à la note 1 de la p. 284.
6. Comp. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 815 (n° 269 : « La

bien, y a-t-il là-dessous quelque théorie philosophique appuyée sur la séparation de la matière et de la forme? Certains passages de l'auteur le donneraient à supposer [1]. Mais, il n'offre rien de bien net à ce sujet. Ce qui est certain, c'est qu'il affirme, comme allant de soi, cette notion étrange du droit, isolée de tout élément moral [2]. Il en sent la faiblesse [3] : parfois même, il semble qu'il en ait quelque regret [4]. Mais il reste dominé, et comme envoûté, par elle. Il la subit comme un postulat, auquel on ne saurait échapper, et qui découlerait sans doute du caractère contraignant des règles de droit [5]. N'est-ce pas oublier, que la notion de droit s'adapte parfaitement à des règles, *susceptibles* en soi de sanction sociale coercitive, et *tendant à être pourvues de cette sanction*, alors même qu'elle ne leur serait pas effectivement acquise [6]? N'est-ce pas méconnaître aussi, que pareille sanction ne dépend pas exclusivement de l'État [7]?

En tout cas, la conséquence forcée de semblable attitude, c'est que les études morales et sociales sont écartées de l'horizon propre du juriste. On les laisse aux prêtres, aux penseurs, aux publicistes, qui les dévelop-

---

science du droit n'est pas tant la science des buts auxquels visent les institutions juridiques, que celle des procédés techniques à l'aide desquels la réalisation de ces buts est poursuivie ».

1. Voy. notamment : R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 239, p. 241 (n° **81**). — Rappr. G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924, p. 60-69.

2 Voy. notamment : R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 56-57, texte et note 6 (n° **21**); p. 210-211 (n° **73**); p. 223, note 15 (n° **77**); p. 238-240 (n° **81**); p. 699 (n° **232**) et n°s **233-234**, p. 699-704; t. II, p. 159-160, texte et note 9 (n° **322**).

3. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, p. 490 (n° **441**).

4. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, p. 622-624 (n° **484**).

5. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 57, note 6 (n° **21**); p. 211 (n° **73**); p. 239 (n° **81**); t. II, p. 623, note 16 (n° **484**).

6. Comp. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, p. 47-48 et p. 51 (n° **16**).

7. Comp. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, 2e éd., 1919, t. I, p. 202-203 (n° **81**). — Voy. aussi Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1914, n° **19**, p. 58-63.

peront à l'envi, sans chance de les propager hors de leur milieu, ou du moins de leur assurer ici-bas une réalisation effective. Et, ceux qui ambitionnent le progrès du droit positif devront compter seulement sur les forces d'opinion, ou, plutôt encore, sur la force tout court, seule capable d'imposer la règle contraignante.

Que mon savant collègue et ami excuse l'insistance de ma critique. Plus que quiconque, il est attaché aux idées morales et il n'hésite pas à les placer au-dessus des idées juridiques [1]. Évidemment, grâce à cette « transcendance », il croit les mieux sauvegarder, les garantir de tout élément corrupteur, en les maintenant à part de la sphère du droit positif. — Ne voit-il pas qu'il les sacrifie et qu'il les prive du moyen indispensable pour agir efficacement sur la vie de l'humanité? Car, enfin, il nous faut aménager au mieux la Cité terrestre, où se déroule notre destinée présente; et ce n'est pas trop de toutes les forces sociales, pour y assurer un peu de moralité et de vraie justice. Une cruelle expérience n'a-t-elle pas récemment montré au monde civilisé, qu'en réduisant le droit à ses propres moyens, on ne lui donne pour fondement que la force et l'on méconnaît fatalement ces idées morales, dont il prétend sauver l'intégrité [2]. Assigner au droit un rôle

1. Voy. notamment les observations, si élevées et si judicieuses, présentées à la fin de l'ouvrage. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, p. 622-624 (n° **484**).

2. Je me suis soigneusement gardé, de formuler, contre la vigoureuse doctrine de l'éminent professeur de Strasbourg, le reproche de « germanisme », que je tiens pour franchement déloyal et inacceptable dans une discussion d'ordre scientifique. Mais, il me sera bien permis de remarquer que R. Carré de Malberg, qui, d'ailleurs, ne dissimule pas les sources de ses théories, constate — tout en déplorant et repoussant énergiquement ces conclusions — que la doctrine allemande, qui les a poussées à l'extrême, est arrivée à « passer sous silence l'existence des règles d'ordre moral », à admettre « qu'en dehors de l'ordre juridique en vigueur, il ne se puisse concevoir aucune espèce de précepte idéal régissant les peuples, les Gouvernements et les individus » et à professer « que non seulement le droit, dans son acception positive et pratique, mais encore la loi morale elle-même, ne

purement formel, c'est lui enlever tout ce qui fait sa valeur et sa vraie puissance. Le faire dépendre exclusivement d'un État effrayant par son omnipotence et dépourvu de tout fondement objectif, c'est édifier une pyramide sans base, qui, un beau jour, peut brusquement s'effondrer et ne laisser, sous sa chute, que des ruines.

10. — Mais, le positivisme juridique, plus affirmé que justifié dans l'œuvre de R. Carré de Malberg, a reçu un renforcement notable, d'un travail de G. Ripert, resté malheureusement trop peu connu, à raison du moment où il a paru et de la publicité restreinte de la Revue qui le mettait au jour vers 1917. En cet opuscule, à mes yeux fort important, intitulé « *Droit naturel et positivisme juridique* » [1], et principalement consacré à une vigoureuse critique du tome II de mon ouvrage « *Science et technique en droit privé positif* », paru en octobre 1915, G. Ripert me reproche [2] d'avoir présenté, sous « une forme tout à fait simpliste et grossière », la doctrine du positivisme juridique, que déjà j'avais délibérément écartée [3]. — A ce grief, il m'est aisé de répondre, qu'il ne m'appartenait pas de donner à une doctrine, que j'appréciais objectivement, une fermeté et un relief, que ses partisans eux-mêmes n'avaient pas su jusqu'alors lui assigner. Je ne pouvais l'exposer que sous la forme. assez rudimentaire en effet, où elle nous était offerte à l'époque où j'écrivais (1915).

---

dépendent que de la toute-puissance étatique (*op. cit.*, t. I, Avant propos, p. xix-xx). — N'y a-t-il pas là un avertissement redoutable contre le danger de ces théories? — Comp. les accents, si justement indignés et si vigoureusement motivés, de H. Bergson, Discours à la Séance publique annuelle, du samedi 12 décembre 1914, de l'Académie des sciences morales et politiques, dans *Séances et travaux*, 1915-1°, t. CLXXXIII, p. 139-150, surtout p. 145-146.

1. Article de 47 p., paru dans *Annales de la Faculté de droit d'Aix*. Nouvelle série, n° 1, Marseille, Barlatier, 1918.

2. G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*, 1918, p. 31-32.

3. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, notamment n° **75**, p. 31-39.

— Ceci dit, je ne fais aucune difficulté de reconnaître, que G. Ripert a su ajouter, aux exposés antérieurs, des traits et des développements fort importants, que, sous sa plume, le système du positivisme juridique devient assurément plus solide et plus impressionnant, et qu'en utilisant son travail, pour confirmer et, peut-être, en quelques points, rectifier la position prise par R. Carré de Malberg, qui ne semble pas l'avoir connu, on se trouve en face d'une théorie vigoureusement constituée, qui mérite et demande un examen spécial autant qu'une critique approfondie. Certaines idées de G. Ripert permettent de renouveler la discussion, en l'asseyant sur des bases plus fermes.

Je laisserai, d'ailleurs, à part, pour l'instant, de l'article de G. Ripert, ce qui concerne directement la critique de mes propres idées, sur quoi je me suis expliqué dans la préface du présent volume[1]. Et je veux, simplement, envisager, dans sa consistance robuste, la conception propre du positivisme juridique, qu'il nous révèle, non seulement en niant le droit naturel, mais en prétendant démontrer qu'on peut parfaitement s'en passer, et en proposant, à cet effet, un ensemble de considérations très cohérent et très réfléchi[2].

Aux yeux de G. Ripert, le droit ne consiste que dans la règle, imposée par le pouvoir établi; il n'est de droit que positif[3]. — Il faut, pourtant, justifier cette règle imposée; et on ne le peut faire par l'idée, d'une prétendue souveraineté, qui a été définitivement ruinée par L. Duguit. Le règne du droit s'explique uniquement par ceci, que les gouvernants, qui l'imposent, sont les plus forts. De fait, les gouvernés se courbent volontairement sous la loi, par crainte de ses sanctions[4]. Sans doute,

1. Voy. la préface du présent t. IV de *Science et technique*, p. VIII-XII.
2. G. Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*, § III, nos 26-36, p. 31-47.
3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 4-5 (n° 2); p. 32 (n° 27).
4. G. Ripert, *op. cit.*, p. 33-35 (n° 27).

cette obéissance elle-même peut trouver et trouve souvent ses motifs en des idées, morales ou utilitaires, fort variables, qu'il faut abandonner au libre choix et jugement de chacun [1]. Toutefois, pareille justification, d'ordre philosophique, n'est pas indispensable. Au vrai, le simple fait de l'obéissance consentie suffit [2].

Ainsi, le droit — à base formelle — se sépare de la morale, qui a besoin d'une justification plus profonde [3] Pareille séparation est la condition même de la vraie liberté [4]. Elle offre, d'ailleurs, le grand avantage de faire disparaître la question — autrement insoluble — de la résistance à la loi et à l'autorité : résistance légitime peut-être dans le for intérieur, absolument inadmissible du point de vue d'un état social ordonné [5].

Aussi bien, faut-il admettre et proclamer la plénitude de l'ordre juridique positif [6], mais de l'ordre juridique seul, capable, comme tel, de se suffire à lui-même; la morale ayant sa place à côté et en dehors du domaine propre du droit [7]. Par ce moyen, seulement, on fait à chaque discipline sa part, et on n'excède pas la portée de la science du droit.

Reste à savoir, comment s'élabore l'ordre juridique positif, tant de la part du législateur, que de celle du juge, qu'il semble impossible de laisser sans direction [8].

Assurément, les gouvernants doivent tenir compte de toutes les données de la vie juridique. Mais ces données ne sont, pour eux comme pour tous, que des notions psychologiques Et, pour savoir dans quelle mesure ils pourront les réaliser, il faut avoir égard aux forces, qu'ils vont

1. G. Ripert, *op. cit.*, p. 35-36 (n° **28**).
2. G. Ripert, *op. cit.*, p. 36-37 (n° **29**).
3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 37-38 (n° **30**).
4. G. Ripert, *op. cit.*, p. 28 (n° **23**).
5. G. Ripert, *op. cit.*, p. 38-40 (n° **30**).
6. G. Ripert, *op. cit.*, p. 32 (n° **27**); p. 40 (n° **31**).
7. G Ripert, *op. cit.*, p. 40-41 (n° **31**).
8. G. Ripert, *op. cit.*, p. 41 (n° **32**).

trouver en face de leur force propre[1]. — Ici, je dois abandonner le résumé, et céder la parole à l'auteur : « Ce serait, en effet, une vue superficielle des choses que de considérer comme seuls gouvernants ceux qui détiennent la puissance politique et, à ce titre, élaborent la règle juridique. D'autres détiennent la puissance religieuse et édictent des règles morales jugées obligatoires par les adeptes de leur religion. D'autres ont, avec la richesse ou le travail, la puissance économique et s'efforcent de la défendre ou de la développer. D'autres ont conquis une suprématie intellectuelle et, par le crédit qui leur est fait, dirigent l'opinion publique. Chacune de ces puissances tend à défendre, améliorer, réviser l'ordre juridique positif. Prêtres, moralistes, propriétaires, banquiers, syndicats, écrivains, journalistes, sont des gouvernants qui essayent de faire triompher leur volonté »[2]. — Entre toutes ces variétés de gouvernants se poursuivent — à défaut d'accord permettant un effort commun — des luttes d'influence, pour modifier ou conserver l'ordre existant[3]. Et, si l'on veut constater comment des puissances contraires peuvent parfois tenir en échec la puissance politique effective, il suffit de se rappeler le combat persistant des catholiques contre la législation du divorce, ou l'échec des associations cultuelles, positivement consacrées par la loi, nettement répudiées par l'autorité religieuse et pendant longtemps restées sans emploi. Il en serait de même, pour le règlement des rapports économiques, le jour où la puissance du capital et du travail se dresserait contre la puissance politique[4]. Le législateur doit donc « se souvenir que, s'il est un gouvernant, puisqu'il détient la contrainte matérielle, il n'est pas le seul et

1. G. Ripert, *op. cit.*, p. 41-43 (nos 32-33).
2. G. Ripert, *op. cit.*, p. 43 (n° 33).
3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 43 (n° 33).
4. G. Ripert, *op. cit.*, p. 44 (n° 34).

que d'autres pourront briser l'œuvre maladroitement entreprise ou imparfaitement exécutée »[1].

Un conflit analogue, entre les puissances diversement intéressées, se produit pour l'application et l'interprétation de la loi. Sur l'esprit du juge, qui en est chargé comme représentant de la puissance publique, pèsent toutes les influences, capables d'infléchir le texte dans le sens qui paraît le plus propre à satisfaire les idées prédominantes. Et, c'est pourquoi, en revendiquant une large liberté d'interprétation, les juristes ne font qu'assurer leur participation légitime à la vie pratique du droit[2]. « Que chacun de nous lutte pour ses croyances et son idéal. Mais si nos idées deviennent lois, gardons-nous de proclamer le triomphe de la justice. Sachons seulement que cette loi c'est un traité de paix entre des forces rivales. Demain la lutte reprendra que nul de nous ne peut déserter. Il ne sert de rien de s'endormir dans la douce croyance qu'il existe un droit naturel. Cette croyance ne nous donnera ni la sécurité dans le jugement, ni la force dans l'action, ni la tolérance dans la victoire. Mais, si nous prenons pleine conscience de la valeur véritable du pouvoir politique et des facteurs qui agissent sur ce pouvoir, nous pourrons faire œuvre pratique et positive sans rien sacrifier de notre idéal »[3].

On voit comme, en descendant de la région formelle de la constitution aux réalités de la vie sociale, et en analysant de plus près ces forces politiques, que R. Carré de Malberg nous laissait à peine entrevoir derrière les règles positives de la division du Parlement en deux Chambres, et de la durée limitée des pouvoirs de celles-ci combinée avec les élections et réélections successives[4], G. Ripert nous fait apercevoir un correctif important à l'absence,

1. G. Ripert, *op. cit.*, p. 45 (n° **34**).
2. G. Ripert, *op. cit.*, p. 45-46 (n° **35**).
3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 47. Comp. p. 46-47 (n° **36**).
4. Voy. ci-dessus, p. 244 (n° **8**) de la présente étude.

impitoyablement maintenue, du droit naturel, et comme il rend moins inexplicable l'extrême latitude, qu'il semble vouloir reconnaître également au juge, en regard et en dépit de la puissance conférée au législateur, les deux pouvoirs s'expliquant, d'ailleurs, par la seule force, qui fait prévaloir, malgré tout, la volonté des gouvernants.

11. — Il est incontestable que, sous la forme extrêmement séduisante, où nous le présente G. Ripert, le positivisme juridique, devenu plus souple et plus nuancé dans une contexture très solidement forgée, échappe à certaines objections, qui surgissaient d'elles-mêmes, à l'encontre des conceptions, rudimentaires ou figées, qu'on nous en avait offertes jusqu'à lui. — Mais, par cela même qu'il a corrigé les défectuosités les plus saillantes de son principe, il nous permet de discerner plus sûrement encore les points irrémédiablement faibles, qu'il laisse ouverts à la critique; et ses vices fondamentaux ressortent d'autant plus nets, dégagés de toutes considérations secondaires, que la doctrine en apparaît plus cohérente et plus ferme.

On observera, tout d'abord, que le système, proposé par G. Ripert, ne peut jouer pleinement, avec tous les ressorts et les contrepoids qu'il y découvre, que sous un régime régulier d'État, répondant aux conceptions modernes. Il serait manifestement inférieur et insuffisant aux exigences de la vie sociale, dans les périodes de formation inconsistante de l'État ou de troubles politiques graves, qui ont pourtant le même besoin (sinon plus encore) de droit fermement établi.

Il est notable aussi, que, malgré tous ses efforts d'animateur et de sociologue averti, notre distingué collègue laisse à la forme une primauté regrettable sur le fond même du droit.

De plus, un point, particulièrement important, reste, à mes yeux, franchement obscur, dans l'exposé de G. Ripert. Comme positiviste du droit, il professe « la

plénitude de l'ordre juridique positif »[1]. Mais comment l'entend-il? En général, cette formule paraît devoir signifier que les préceptes, issus des sources formelles du droit positif, — la loi écrite, et peut-être aussi la coutume, — seraient nécessairement suffisants à fournir toute la réglementation, que postule, en fait, la vie juridique. Ainsi comprise, elle ne représente guère qu'une fiction, dont la fausseté est certaine et la valeur technique sujette aux doutes les plus sérieux[2]. — Il n'est pas sûr, toutefois, que G. Ripert l'entende ainsi. Cela s'accorderait mal avec les pouvoirs si larges, qu'il reconnaît à l'interprète du droit, voire au juge, dont il fait des gouvernants[3]. Il subsiste donc, dans l'expression, sinon dans le fond même, de sa pensée, un mystère touchant le sens exact d'un principe, dont il fait, pourtant, un pivot essentiel de ses développements.

Mais, laissons ces critiques personnelles et de détail, pour considérer, en pleine objectivité, l'essentiel du système.

Au point de vue théorique, le positivisme juridique de G. Ripert repose sur des conceptions philosophiques, aujourd'hui périmées, et, en tout cas, franchement inacceptables. Pour lui, toutes les notions, qu'on peut classer sous la rubrique la plus large du droit naturel, notions d'ordre moral, économique, politique, social, sont purement subjectives : elles n'existent et ne peuvent exister que dans l'esprit ; par suite, elles varient avec les esprits qui les conçoivent[4]. — Cette assertion, inspirée du subjectivisme kantien, qu'il répète avec insistance[5], est mani-

---

1. G. Ripert, *op. cit.*, p. 32 (n° **27**) et p. 40 (n° **31**).

2. Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919, t. I, n° **81** *bis*, p. 193-199. — *Adde :* n° **81** *ter*, p. 200-203 (ces développements manquent dans la 1re édition).

3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 45-46 (n° **35**).

4. G. Ripert, *op. cit.*, p. 8, *in medio* (n° **5**); p. 11 (n° **7**); p. 14 (n° **10**); p. 21-24 (nos **17-19**); p. 36 (n° **28**); p. 42 (n° **32**, *in fine*); p. 46 et 47 (n° **36**).

5. Voy. les références de la note qui précède.

festement contredite par le sens commun. Elle demanderait à être positivement justifiée, ou, du moins, rendue probable par quelques arguments concluants. Et, supposé qu'elle le fût, elle aboutirait à ruiner l'ordre positif lui-même, qui ne peut sortir, fermement constitué, que de l'esprit des hommes. — Conformément à la philosophie traditionnelle et d'accord avec les suggestions élémentaires de la conscience psychologique, nous prétendons que la raison exprime la vérité des choses, quand ses révélations coïncident chez la généralité des êtres pensants, et nous en concluons qu'on en peut dégager des préceptes qui s'imposent à tous. Prendre le contre-pied de cette doctrine, c'est rentrer dans un vieux débat insusceptible de solution apodictique; c'est assigner une base, plus que fragile, au système qui escompterait cette solution.

Aussi bien, en partant de sa négation absolue de toute *vérité* d'ordre social, G. Ripert ne peut assigner comme fondement au droit que la force. Il le déclare, d'ailleurs, très nettement. Et, l'obéissance consentie, qui lui suffit pour justifier le règne de la loi, sera, s'il le faut, une obéissance subie. Au besoin, les plus forts sauront l'imposer [1]. Mais alors, à quels dangers, à quel cataclysme sommes-nous irrémédiablement exposés, le jour où l'emporterait une force franchement mauvaise! Le monde civilisé en a eu l'angoissante appréhension de 1914 à 1918. Et, qui peut assurer que, du côté de l'Est ou d'un autre, ne souffle quelque jour en tempête une nouvelle tourmente plus terrible encore? — Or, G. Ripert, pour justifier l'autorité du droit positif, n'exige même pas, à l'exemple de R. Carré de Malberg [2], qu'il émane d'un pouvoir légitimement constitué en fait. Il s'incline devant la force pure. C'est une nécessité inéluctable, dira-t-il [3]. Est-ce bien sûr? Et

1. G. Ripert, *op. cit.*, p. 34 (n° **27**); p. 36-37 (n° **29**).
2. Voy. ci-dessus, p. 242-243 (n° **8**) de la présente étude.
3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 34 (n° **27**). « L'obéissance à l'autorité établie, et par conséquent au droit, n'est-elle autre chose que la soumis-

ne peut-on pas, du moins, tenter de faire échec, à cette irrésistibilité de la force brutale, par le contre-poids objectif d'un élément moral doué d'une valeur foncière. — En tout cas, est-il bon, est-il sage, est-il opportun, d'enseigner aux hommes, comme vérité incontestable, le règne fatal de la force matérielle? N'est-ce pas sacrifier, « d'un cœur léger », l'activité et l'indépendance de l'âme aux puissances d'ordre inférieur? — Il est vrai, que G. Ripert nous laisse entrevoir la prépondérance assagie d'un équilibre des forces en présence, par l'effet de leur multiplicité, de leur variété, de leurs oppositions[1]. Y pouvons-nous compter absolument? Et n'a-t-on pas vu s'établir, le plus souvent, aux heures critiques de l'histoire des peuples, la domination de majorités tyranniques, sinon même le despotisme triomphant d'un petit nombre? Tout ce qu'on peut raisonnablement admettre, c'est qu'à la longue se manifeste un réveil des forces latentes capables de reprendre le dessus. Encore faut-il, que celles-ci soient entretenues par la communion à des idées morales, que peut seule maintenir la conscience de leur objectivité.

Et, alors même, va surgir une autre et fort grave objection. Il faudrait donc, pour soutenir tant bien que mal l'édifice toujours branlant du droit, envisager un combat perpétuel et des oppositions sans merci. La lutte politique incessante absorberait et dominerait tout, même les règles les plus fondamentales des relations juridiques privées. Est-ce là vraiment un idéal désirable? Et ne vaut-il pas mieux, plutôt que de subir cet état de guerre permanent, se résigner aux éventualités, d'application relativement rare, que nécessite l'admission des

---

sion du plus faible à la loi du plus fort? — Il faut, je crois, l'admettre, si on veut être pleinement positiviste... » Et plus loin (même page) : « Dire que les sujets obéissent à l'autorité par crainte de la sanction, c'est en effet la simple constatation d'une vérité indéniable ».

1. Comp. G. Ripert, *op. cit.*, p. 43-46 (n°s 34-35) et p. 46-47 (n° 36).

remèdes extrêmes contre les lois injustes, dûssent-ils aller jusqu'à la résistance à l'oppression[1]. Au fond, d'ailleurs, on ne voit pas comment G. Ripert peut prétendre écarter ces moyens, qui formeraient les incidents journaliers de la lutte qu'il envisage, au lieu d'apparaître comme des retours, accidentels et exceptionnels, au système de défense inhérent à la liberté primitive[2]. Ce qui est certain, par contre, c'est qu'en dépit de ces secours violents, sa doctrine nous laisse à la merci de la plus grande force du moment : force du législateur, force des administrateurs, force de ces juges, force de tous ces gouvernants, qu'il nous présente comme les acteurs d'une mêlée inextricable, et entre lesquels il ne sait même pas établir une hiérarchie[3].

A peine est-il besoin d'ajouter, que le péril apparaîtrait encore infiniment plus grave dans l'ordre international, où, faute de direction fournie par des principes objectifs, on serait livré à la domination brutale de la plus grande force, sans moyen d'organiser un équilibre stable et assuré entre toutes les puissances rivales.

Il est d'autant plus étrange de relever, chez G. Ripert, ce rattachement exclusif du droit à la force[4], qu'il nous avait offert, au cours de la guerre mondiale, une virulente critique de l'idée du droit en Allemagne, où il soulignait comme son trait le plus odieux l'identification du droit et de la force, qu'il repoussait en accents justement indignés[5]. Comment concilier, avec cette condamnation sans réserve, le système de positivisme juridique, qu'il affirme,

---

1. Voy. Fr. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, 1924, n^os^ **292-298**, p. 88-134.

2. Comp. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 14-19, p. 118-119, p. 184, p. 282.

3. G. Ripert, *op. cit.*, p. 43-46 (n^os^ **34-35**).

4. G. Ripert, *op. cit.*, p. 34-47 (n^os^ **27-36**).

5. G. Ripert, *L'idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, n° des 15 mai-15 juin 1915, t. LIX, p. 169-183; surtout, p. 176-179 et p. 182-183.

trois années plus tard, ne pouvoir reposer que sur la force des gouvernants? Dira-t-il que, grâce au jeu combiné des variétés de puissance, qu'il découvre chez ceux-ci, il échappe à la prépondérance brutale du sabre ou du canon? Vaine excuse! puisqu'il est obligé de reconnaître, qu'en dépit des balancements d'influences, c'est toujours la force matérielle du moment, qui imposera le seul droit effectivement digne de ce nom, le droit positif en vigueur. Sa théorie conduit donc fatalement, en pratique, aux résultats de la théorie allemande, qu'il réprouvait.

12. — Finalement, tous les systèmes de positivisme juridique nous découvrent le même aboutissement singulier, qui, envisagé de sang-froid et sincèrement, apporte un témoignage impressionnant en faveur de la nécessité du droit naturel. Car enfin, il faut savoir et ce que nous pensons et ce que nous voulons.

Nous avons dit et répété, de 1914 à 1918, nous disons et répétons constamment depuis lors : Les nations alliées contre les Empires centraux ont lutté et luttent encore *pour la Justice et pour le Droit*. Nous ne disons pas : pour le vrai, pour le bien, pour le beau. A peine a-t-on dit parfois : pour la civilisation ou l'humanité, en donnant à ces mots un sens qui les opposait aux procédés de la *Kultur* ou de la barbarie germaniques, pour désigner un stade de progrès excluant toute déviation régressive. Mais la formule courante a été, est encore : *pour la Justice et pour le Droit* [1].

En clamant cette formule, devenue presque banale, voudrions-nous donc ne rien dire? Qui le croira et qui l'avouera? Mais alors, il faut nous rendre compte de ce que sont *cette Justice et ce Droit*, que nous sommes décidés à défendre au prix des plus extrêmes sacrifices. Ce n'est pas assurément le « droit positif ». Car le droit positif, propre-

1. « Pour la liberté » était, en réalité, une formule équivalente désignant le contenu essentiel du Droit.

ment dit, n'était pas en péril; et les nations de proie, auxquelles nous avons résisté, possédaient, elles aussi, un droit positif[1], sur certains points même, plus cohérent et plus perfectionné que le nôtre. Il ne peut donc s'agir, que d'un droit supérieur aux divers droits positifs, les dominant tous par sa généralité et son mérite propre[2]. — Dira-t-on que c'est le « droit idéal », reconnu par la plupart des positivistes du droit[3]? Vain faux-fuyant, qui s'élimine en deux mots. Si le droit idéal est celui que chacun se représente à son gré, il n'a aucune valeur assurée et peut être, suivant les cas, le pire ou le meilleur. Que si l'on donne à l'idéal le sens d'une tendance à la perfection, on reconnaît donc un type de droit parfait, dont le contenu peut être discuté et peut même varier dans l'application qu'on en fait, mais dont l'existence est certaine, parce que la nécessité s'en impose, pour régir, pleinement et suivant leur destinée, les sociétés humaines[4]. — Qu'est-ce autre chose que notre vieux « droit naturel », qu'il est plus franc de reconnaître tel qu'il est, plutôt que de le maquiller, en sourdine, en prétendant qu'il n'existe pas[5].

---

1. Comp. G. May, *Introduction à la science du droit*, Paris, 1920, p. 5 : « ...il y a dans chaque pays un droit national, des institutions juridiques nationales ».

2. Comp. les observations, fort judicieuses, de D. Parodi (*La force et le droit*), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1916, t. XXIII, p. 281-286. — *Adde* : p. 286-293.

3. Comp. G. Davy (L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit), dans *Revue philosophique*, 1920-1°, t. LXXXIX, p. 237-245 et p. 382-384.

4. Comp. ci-dessus, p. 215-216 (n° 1) et p. 230, texte et note 2 (n° 5) de la présente étude.

5. Comp. ci-dessus, p. 231 (n° 5). — Et, rappr., de ce qui est dit ici : la Note de l'auteur, placée en tête du t. II de *Science et technique*, Paris, octobre 1915, p. III-IV.

FIN DE L'OUVRAGE.

ADDENDA

Ad. p. 95, note 3. — Constitution roumaine du 28 mars 1923 :

Art. 103. « Seule la Cour de cassation, toutes sections réunies, a le droit de juger la constitutionnalité des lois et de déclarer inapplicables celles qui sont contraires à la Constitution. Le jugement sur l'inconstitutionnalité des lois se borne seulement au cas jugé.

» La Cour de cassation se prononcera, comme par le passé, sur les conflits d'attribution.

» Le droit de recours en cassation est d'ordre constitutionnel ».

D'après la *Revue du droit public*, avril-mai-juin 1924, t. XLI, p. 286.

Ad. p. 134, note 3 *in fine* [p. 135]. — Rappr. la décision du Conseil d'État, dans l'affaire *Couitéas*, 30 novembre 1923, avec l'analyse et le commentaire de G. J. dans *Revue du droit public*, avril-mai-juin 1924, t. XLI, p. 208-214.

— Etablissement Henri Dupuy, Paris —

University of California
SOUTHERN REGIONAL LIBRARY FACILITY
405 Hilgard Avenue, Los Angeles, CA 90024-1388
Return this material to the library
from which it was borrowed.

01 APR 18 1994

UC SOUTHERN REGIONAL LIBRARY FACILITY
A 000 632 645 8

Univers
South
Libr